

# Der Einfluß des Besatzungsrechts auf das deutsche Staatsrecht der Übergangszeit (1945-1949)

**Inaugural-Dissertation**

zur Erlangung

des Doktorgrades der Rechtswissenschaftlichen Fakultät

der Johann Wolfgang Goethe-Universität

Frankfurt am Main

vorgelegt von

**GUNTHER EDELMANN**

Regierungsassessor

---

1955



# Der Einfluß des Besatzungsrechts auf das deutsche Staatsrecht der Übergangszeit (1945-1949)

## Inaugural-Dissertation

zur Erlangung

des Doktorgrades der Rechtswissenschaftlichen Fakultät

der Johann Wolfgang Goethe-Universität

Frankfurt am Main

vorgelegt von

**GÜNTHER EDELMANN**

Regierungsassessor

---

1955

Der Einfluß des Besatzungsrechts  
auf das deutsche Staatsrecht  
der Übergangszeit (1945-1949)

1. Gutachter: Prof. Dr. Brill

2. Gutachter: Prof. Dr. Ridder

Tag der mündlichen Prüfung: 21. Dezember 1955



## Literaturverzeichnis

- Arndt:** Deutschlands rechtliche Lage, in „Die Wandlung“ 1947 S. 106 ff.  
Internationales Staatsrecht, SJZ 1947/217.  
Zur Rechtsgültigkeit nationalsozialistischer Gesetze, DRZ 1948/240.  
Status and Development of Constitutional Law in Germany, in „The Annals of the American Academie for Political and Social Sciences“, Vol. 260 (November 1948) S. 1 ff.
- Baur:** Richterliches Prüfungsrecht und Besatzungsrecht, DRZ 1950/150 ff.
- Becker, W. G.:** Der richterliche Widerstand, SJZ 1947/480.
- Böhm:** Das Reichsgericht und die Kartelle, Ordo (1948) S. 199 ff.
- Brierly:** The Outlook for International Law, Deutsche Ausgabe, Zürich 1947.
- „Bürgerrechte“:** Bürgerrechte und Besatzungsmacht, Eine Übersicht, bearbeitet vom Institut f. Besatzungsfragen, Tübingen, herausg. v. Institut zur Förderung öff. Angelegenheiten, Frankfurt am Main 1951.
- Clay:** Decision in Germany, (A personal report on the four crucial years that set the course of future world history), Garden City 1950.
- v. d. Decken:** Die Grenzen der Haager Landkriegsordnung, Jahrb. f. int. u. aöR 1948/22 ff.
- Dernedde:** Die Mitwirkung der Besatzungsmächte an der deutschen Gesetzgebung u. ihre Bedeutung für die deutsche Rechtsanwendung, DV 1948/49.  
Die Notwendigkeit einer einheitlichen Justizgesetzgebung, ZJustBl Brit. Zone 1948/105.  
Justiz u. Besatzung in der britischen Zone, Jahrb. f. int. u. aöR 1948 I 115.
- Dölle:** Das Regierungs- und Verwaltungssystem der Besatzungsmächte als Treuhandverhältnis, Auszug aus einem Rechtsgutachten, Jahrb. f. int. u. aöR 1948 II/III S. 369.  
Betrachtungen zum ausländischen, internationalen und interzonalen Privatrecht im besetzten Deutschland, Raape-Festschrift, Hamburg 1948 S. 149 ff.
- Ehard:** Staatsrechtliche Probleme des bizonalen Aufbaus, SJZ 1947/586.
- v. Elmenau:** Die Zweizonen-Organisation der angelsächs. Besatzungsgebiete, DRZ 1947/50.  
Aufbau und Tätigkeit des Länderrats, DRZ 1947 S. 113.  
Länderrat und Zweizonenräte, DRZ 1947/151.
- Feldmann:** Das Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Essen-Kettwig 1948.
- Forsthoff:** Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. I 1950.
- Fraenkel:** Military Occupation and the Rule of Law, London u. Toronto 1944.
- Friedrich, C. J.:** The Peace Settlement with Germany – Political and Military, „The Annals . . .“ May 1948.  
Military Government and Dictatorship, „The Annals . . .“ Januar 1950.  
Der Verfassungsstaat der Neuzeit, Deutsche Übersetzung von „Constitutional Government and Democracy“, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1953.  
and Associates: American Experiences in Military Government in World War II, New York 1948.
- Geiler:** Hauptgesichtspunkte für ein Besatzungsstatut, „Die Neue Zeitung“, 4. 7. 1948.  
Die völkerrechtliche Lage Deutschlands, Heft 4 der Schriftenreihe der Aktionsgruppe Heidelberg, 1948.

- Giese: Konzernentflechtung als Problem des internationalen Verwaltungsrechts, MDR 1950/132 ff.  
Zur Frage der Fortgeltung der Polizei-VO über die Werbung auf dem Gebiete des Heilwesens, JZ 1953/169.
- Grewé: Ein Besatzungsstatut für Deutschland, Die Rechtsformen der Besetzung, Stuttgart 1948.  
Anm. zu einem Urteil des VGH Bebenhausen, betr. Überprüfung von deutschem Recht auf Vereinbarkeit mit Besatzungsrecht, AöR Bd. 75/242.  
Macht und Recht im Völkerleben, Zeitschr. f. d. ges. StaWiss. Bd. 105 (1949) S. 201 ff.
- Griffith: Denazification in the United States Zone of Germany, „The Annals ...“ Vol. 267/68 ff.
- Guggenheim: Lehrbuch des Völkerrechts, Basel, Bd. I 1948, Bd. II 1951.
- Guradze: The Laenderrat, Landmark of German Reconstruction, The Western Political Quarterly, Vol. 3 Number 2 (June 1950).
- Haensel: Das Organisationsverbrechen, Nürnberger Betrachtungen zum KRG Nr. 10, München-Berlin 1947.
- „Handbuch“: Handbuch des Besatzungsrechts, von Gustav v. Schmoller, Hedwig Maier, Achim Tobler, Institut für Besatzungsfragen, Tübingen 1951.
- Hatschek: Deutsches und Preußisches Staatsrecht, 2 Bände Berlin 1922/1923.
- Hausmann-Würdinger: Die rechtliche und wirtschaftliche Bedeutung des deutschen Sherman Act, MDR 1947/174.
- Henle: Besatzungsstatut und Gesetzgebung, SJZ 1949 S. 575.
- Heyland: Die Rechtsstellung der besetzten Rheinlande, Berlin 1923 (Handb. d. Völkerrechts, II 7. Abt.).
- Hoepfner: Die rechtl. Natur der bizonalen Wirtschaftsverwaltung, MDR 1948-197; dazu Entgegnung von v. Mangoldt in MDR 48/438 u. v. Turegg in JR 49/336.
- Ipsen: Deutsche Gerichtsbarkeit unter Besatzungshoheit (Einwirkungen der Besatzung auf den gerichtl. Rechtsschutz gegen deutsche Hoheitsakte in der brit. Zone), Laun-Festschrift S. 68-96 = Jahrb. f. int. u. aöR 1948 I 87 ff.
- Jaenicke: Der Abbau der Kontrollratsgesetzgebung, Köln u. Berlin 1952 (Heft 28 der Beiträge z. ausl. öffentlichen Recht und Völkerrecht).
- Jessup: A modern Law of Nations, Deutsche Ausgabe Wien u. Stuttgart 1950.
- Kaufmann, E.: Deutschlands Rechtslage unter der Besatzung, Stuttgart 1948.
- Kern: Zonenbeirat und Zentralämter der brit. Zone, DRZ 1947/407.
- Klein, Fr.: Neues deutsches Verfassungsrecht, Frankfurt am Main 1949.  
Das Besatzungsstatut für Deutschland, SJZ 1949/737 ff.
- Kleinrahm, Rechtsnatur und Rechtswirkungen der Beschränkungen deutscher Gerichtsbarkeit durch das Besatzungsrecht, DRZ 1948/232.  
Das Gesetz Nr. 52 und die Konstruktionsgrundlagen des deutschen Zivilrechts, DRZ 1948/73.  
Gesetz Nr. 2 u. Gesetz Nr. 52 in der gerichtl. Praxis, Essen-Kettwig 1948.  
Besprechung öffentlich-rechtlicher Fragen anhand des Kommentars von Dölle-Zweigert, AöR Bd. 74/516.
- Kraus: Das KRG Nr. 10, Hamburg 1948.
- Länderrat: Der Länderrat des amerikanischen Besatzungsgebiets, herausg. v. dessen Direktorium, zusammengestellt von Lia Härtel, Stuttgart 1951.
- Laun: Die Haager Landkriegsordnung m. Anmerkungen, 4. Aufl., Hamburg 1947.  
Staats- und Völkerrecht in Deutschland, MDR 1947/246.

- Lewald: Grundlagen der neuen Rechtsordnung Deutschlands, Marburg 1948.
- v. Liszt: Das Völkerrecht, 12. Aufl. bearbeitet von Max Fleischmann, Berlin 1925.
- Litchfield: and Associates: Governing Postwar Germany, New York 1953.
- Loewenstein: Law and Legislative Process in Occupied Germany, The Yale Law Journal, March/April 1948, S. 724-760 und 994-1022.  
Reconstruction of the Administration of Justice in American-Occupied Germany, Harvard Law Review, Vol. 61 (1948) S. 419-433.
- v. Mangoldt: Grundsätzliches zum Neuaufbau einer deutschen Staatsgewalt, Hamburg 1947.  
Zur rechtlichen Natur der bizonalen Wirtschaftsverwaltung, MDR 1948/438.
- Mann, F. A.: Deutschlands heutiger Status, SJZ 1947/465.
- Meister: Wandlungen und Entwicklungen des Strafrechts seit der Kapitulation, Schloß Bleckede 1949.
- v. Mohl: Die Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften, Bd. 1-3, Erlangen 1855-1858.
- Mosler: Der Einfluß der Rechtsstellung Deutschlands auf die Kriegsverbrecherprozesse, SJZ 1947/362.  
Rechtsnatur der Jurisdiktion über das Organisationsverbrechen, „Die Spruchgerichte“ 1948/281.  
Wirtschaftskonzessionen bei Änderung der Staatshoheit, Stuttgart 1948.  
Die Intervention im Völkerrecht, Diss. Bonn 1937.
- Napoli: Denazification from an American's Viewpoint, „The Annals . . .“ Vol. 264 (July 1949) S. 115.
- Nehlert: Die Beschränkung der deutschen Gerichtsbarkeit, Berlin 1948.
- Nobleman: American Military Government Courts in Germany, „The Annals . . .“ Vol. 267 (1950) S. 67.
- „Occupation“: Occupation of Germany, Policy and Progress 1945-46; The Department of State, United States of America Publication 2783, Washington 1947.
- Partsch: Grundfreiheiten und Besatzungsrecht, Ordo 1948 S. 214 ff.
- Peters, H.: Lehrbuch der Verwaltung, Berlin 1949.
- Pioch: Die Entwicklung des Polizeirechts unter Einfluß der Besatzungsmächte, S. 78 ff. des Buchs: „Das Polizeirecht einschließlich der Polizeiorganisation“, Tübingen 1951.  
Zur Neuordnung des Polizeirechts, Anm. zu einem Urteil des LVG Münster, DV 1950/84.
- Rasch: Das Verbot übermäßiger Konzentration deutscher Wirtschaftskraft, SJZ 1947/151 und 1950/387.
- Remmert: Kommentar zum US MRG Nr. 56, Frankfurt am Main 1947.
- Radbruch: Geistige Mächte als Subjekte des Völkerrechts, Zeitschr. f. d. ges. StaWiss. Bd. 106 (1950) S. 385.
- Röhreke: Neugestaltung des Besatzungsrechts auf dem Gebiet der Rechtspflege, DRZ 1950/34.
- Sauer, E.: Grundriß des Völkerrechts, Köln 1948.
- Sauer, W.: Einheit des Rechts bei Anwendung von Auslandsrecht, „Die Spruchgerichte“, 1948/33.
- Sauser-Hall: L'Occupation de l'Allemagne par les Puissances Alliées, Schweiz. Jahrb. f. int. Recht, 1946 (Bd. 3) S. 9 ff.
- Schmid, H.: Die Rechtsnatur der politischen Gewalt im besetzten Gebiet. Diss. Tübingen 1951.

- Schmid, K.: Die Neuregelung des Besatzungsrechts, Jahrb. f. int. u. aÖR 1948 I/123.
- Schlochauer: Deutschlands völkerrechtliche Stellung und die zukünftige Friedensregelung, DRZ 1947/118.  
Zur Frage eines Besatzungsstatuts für Deutschland, Archiv d. Völkerrechts, 1. Bd. 1948/49 S. 188.
- v. Schmoller: siehe Handbuch des Besatzungsrechts.
- Schneider, H.: Die Umgestaltung des Polizeirechts in der brit. Zone (Betrachtung zur Einführung engl. Verwaltungsinstitutionen in das deutsche Recht), Festschrift f. J. v. Gierke, Berlin 1950, S. 234–265.  
Zum mittelbaren Besatzungsrecht, Anm. zu vier Urteilen des bad. StGH und VGH, AöR Bd. 75/477.
- Schwarzenberger: Einführung in das Völkerrecht, deutsche Übersetzung, Tübingen 1951.
- „Rechtsvorschriften“: Rechtsvorschriften der Besatzungsmächte, herausgegeben v. juristischen Ausschuß der Ministerpräsidenten, Tübingen 1949.
- Seuffert: Die Grundlagen der heutigen Verfassung Deutschlands und das Friedensproblem, Zeitschr. f. d. ges. StaWiss. Bd. 105 (1949) S. 48 ff.
- Stappert: Das Recht der Besatzungsmächte in der amerikanischen Zone, Heidelberg 1946.  
Die alliierte Kontrollbehörde in Deutschl., Jahrb. f. int. u. aÖR 1948 I/139.
- Stödter: Deutschlands Rechtslage, Hamburg 1948.
- Strauß: Entwicklung und Aufbau des Vereinigten Wirtschaftsgebietes, Heidelberg 1948.
- Totzek: Besatzung und Polizei, AöR Bd. 75/193.
- v. Turegg: Deutschland und das Völkerrecht, Köln 1948.  
Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 2. Auflage Berlin 1954.
- Virally: Die internationale Verwaltung Deutschlands (deutsche Übersetzung), Baden-Baden 1948.
- v. Weber, H.: Der Einfluß der Militärstraßgerichtsbarkeit der Besatzungsmächte auf die deutsche Straßgerichtsbarkeit, SJZ 1947/65.  
Straßgerichtsbarkeit und Besatzung, DRZ 1948 S. 435.  
Das Ende der AAR Nr. 1, DRZ 1950/217.
- Weber, W.: Der gegenwärtige Verwaltungsaufbau Deutschlands, Hamburg 1948.
- Weisser: Der Zonenbeirat der britisch besetzten Zone, Göttingen 1953.
- Wells: Quadripartite Control of Germany, „The Annals . . .“ Vol. 257 (May 1948) S. 61.
- Wengler: Die Nichtanwendung NS-Rechts im Lichte der Rechtsvergleichung und der allgemeinen Rechtslehre, JR 1949/67.  
Betrachtungen zum Besatzungsstatut, NJW 1949 S. 881.
- Windels: Rechtsnatur des KRG Nr. 10, „Die Spruchgerichte“ 1948/267.
- Wolff, H. J.: Die verwaltungsgerichtliche Legitimation der Verwaltungen des Vereinigten Wirtschaftsgebiets, MDR 1949/266.
- Zinn: Das staatsrechtliche Problem Deutschland, SJZ 1947/4 ff.  
Unconditional Surrender, NJW 1947/48 S. 9 ff.  
Erhaltung und Fortbildung der deutschen Rechtseinheit, NJW 1949/684.

## Einleitung:

|                                                                                                             |    |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Inhalt und Abgrenzung des Themas . . . . .                                                                  | 9  |
| I) Der Begriff des Besatzungsrechts . . . . .                                                               | 9  |
| II) Der Begriff des Staatsrechts . . . . .                                                                  | 11 |
| III) Die Übergangszeit . . . . .                                                                            | 12 |
| IV) Vorbemerkung über das Verhältnis von Besatzungsrecht, Völkerrecht<br>und innerdeutschem Recht . . . . . | 13 |
| V) Schwierigkeiten einer wissenschaftlichen Behandlung des<br>Besatzungsrechts . . . . .                    | 15 |

## Erster Hauptteil:

|                                                                                                                                                                            |    |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Der Einfluß des Besatzungsrechts auf einzelne Zweige der Staatstätigkeit,<br>in denen die Ziele der Besetzung sich mit hervorragender Deutlichkeit<br>abzeichnen . . . . . | 19 |
| I) Ausschaltung bewaffneter Macht und militärischer Bewaffnung<br>(Entmilitarisierung) . . . . .                                                                           | 20 |
| II) Maßnahmen gegen den Nationalsozialismus (Entnazifizierung) . . . . .                                                                                                   | 23 |
| III) Eingriffe in die Wirtschaftsverfassung . . . . .                                                                                                                      |    |
| 1. Gewerbe- und Berufsfreiheit . . . . .                                                                                                                                   | 28 |
| 2. Dekartellisierung und Entflechtung . . . . .                                                                                                                            | 30 |
| a) Die Maßnahmen und ihre Rechtsquellen . . . . .                                                                                                                          | 30 |
| b) Schwierigkeiten der Durchführung und Kritik . . . . .                                                                                                                   | 33 |
| IV) Der Einfluß der Besetzung auf das Gemeindeverfassungsrecht (Die<br>DGO der britischen Zone) . . . . .                                                                  | 35 |
| V) Aufrechterhaltung der guten Ordnung (Polizeirecht) . . . . .                                                                                                            | 38 |
| 1. Polizei und Besetzung . . . . .                                                                                                                                         | 38 |
| 2. Die Einschränkung der polizeilichen Befugnisse . . . . .                                                                                                                | 39 |
| a) Zurückführung auf den Stand von 1933 . . . . .                                                                                                                          | 39 |
| b) Ausscheidung weiterer Befugnisse . . . . .                                                                                                                              | 39 |
| 3. Die weitere Überwachung der umgestalteten Polizei . . . . .                                                                                                             | 41 |
| VI) Rechtliche Stellung der Organpersonen des Staates<br>(Das Recht des öffentlichen Dienstes) . . . . .                                                                   | 42 |
| 1. Die Entwicklung zur Besatzungsregelung . . . . .                                                                                                                        | 42 |
| 2. Einzelbestimmungen und ihre Zielsetzung . . . . .                                                                                                                       | 43 |
| VII) Rechtsschutz gegen Akte der öffentlichen Gewalt<br>(Verwaltungsgerichtsbarkeit) . . . . .                                                                             | 44 |

## Zweiter Hauptteil:

|                                                                                                           |    |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Der Einfluß der Besetzung auf die 3 Erscheinungsformen der Staatsgewalt . . . . .                         | 47 |
| I) Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung in ihrem Zusammen-<br>hang in der Besatzungslage . . . . . | 47 |
| II) Besatzungsrecht und Gesetzgebung . . . . .                                                            | 47 |
| 1. Außerkraftsetzung bisherigen Rechts . . . . .                                                          | 48 |
| 2. Die Besetzung als Willensträger weitergeltenden Rechts . . . . .                                       | 50 |
| 3. Die Besatzungsmächte als Gesetzgeber neuer Rechtssetzung . . . . .                                     | 51 |
| a) Kompetenzentziehung als Form des Tätigwerdens . . . . .                                                | 51 |
| b) Kompetenzbeschränkung als Form des Tätigwerdens . . . . .                                              | 52 |
| aa) Stufen und Formen der Beschränkung . . . . .                                                          | 52 |
| bb) Die Bedeutung besatzungsrechtlicher Genehmigungen . . . . .                                           | 53 |
| III) Besatzungsrecht und Verwaltung . . . . .                                                             | 54 |
| 1. Die Verteilung der Befugnisse . . . . .                                                                | 54 |
| 2. Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte der Besetzung . . . . .                                             | 56 |

|                                                                                                   |    |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| IV) Besatzungsrecht und Rechtsprechung . . . . .                                                  | 58 |
| 1. Eigenbefugnisse der Besatzung . . . . .                                                        | 58 |
| a) Besatzungsgerichte und ihre Urteile . . . . .                                                  | 58 |
| aa) Stellung und Rechtsnatur der Besatzungsgerichte . . . . .                                     | 58 |
| bb) Wirkungen besatzungsgerichtlicher Urteile . . . . .                                           | 60 |
| b) Besatzungsrechtliche Exemtionen . . . . .                                                      | 62 |
| aa) Persönliche Exemtionen . . . . .                                                              | 62 |
| bb) Sachliche Exemtionen . . . . .                                                                | 62 |
| 2. Einfluß und Eingriffe in deutsche Gerichtstätigkeit . . . . .                                  | 63 |
| a) Formen der Kontrolle deutscher Rechtsprechung . . . . .                                        | 63 |
| b) Einwirkungen auf das Gerichtspersonal . . . . .                                                | 64 |
| c) Die Einschränkung des Richters in der Strafzumessung nach der<br>AAR Nr. 1 . . . . .           | 65 |
| d) Beschränkung der Beweiserhebung . . . . .                                                      | 66 |
| 3. Einschränkungen durch Maßnahmen im deutschen Bereich . . . . .                                 | 66 |
| 4. Besatzungsrecht und richterliches Prüfungsrecht . . . . .                                      | 67 |
| a) Richterliches Prüfungsrecht im innerdeutschen Staatsrecht . . . . .                            | 67 |
| b) Richterliches Prüfungsrecht in der Besatzungslage . . . . .                                    | 67 |
| aa) Keine Überprüfung von Besatzungsakten . . . . .                                               | 67 |
| bb) Das Prüfungsrecht bezüglich deutscher Akte . . . . .                                          | 68 |
| cc) Erweiterte Prüfungs-Rechte und Pflichten . . . . .                                            | 70 |
| dd) Unüberprüfbarkeit von Besatzungsrecht insbesondere . . . . .                                  | 71 |
| 5. Die Rechtsprechungsbefugnis des deutschen Richters im sonach<br>verbliebenen Bereich . . . . . | 74 |

### Dritter Hauptteil:

|                                                                                                       |            |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| Die Einwirkungen des Besatzungsrechts als Besetzung neuen Stils . . . . .                             | 77         |
| I) Die besatzungsrechtliche Überordnung . . . . .                                                     | 78         |
| 1. Rechtsgrund und Inhalt des Gehorsams gegenüber der<br>Besatzungsmacht . . . . .                    | 78         |
| 2. Grenzen des Gehorsams und der Eingriffsbefugnisse . . . . .                                        | 81         |
| 3. Besatzungsbefugnisse und Besatzungspraxis, insbesondere im Be-<br>reich der Grundrechte . . . . .  | 85         |
| II) Die fortdauernde Bindung deutscher Organe an deutsches Recht<br>und Gesetz . . . . .              | 90         |
| 1. Die Maßgeblichkeit der deutschen Rechtsordnung . . . . .                                           | 90         |
| 2. Der Einfluß besatzungsrechtlicher Anweisungen . . . . .                                            | 91         |
| III) Die Problematik einer solchen doppelgleisigen Herrschaftsordnung . . . . .                       | 92         |
| 1. Das Verhältnis von Besatzungsrecht und Landesrecht als Grund-<br>problem jeder Besetzung . . . . . | 92         |
| 2. Die rechtliche Einordnung der Besetzung Deutschlands . . . . .                                     | 92         |
| a) Bisherige Formen der Besetzung zum Vergleich . . . . .                                             | 92         |
| aa) Die krieglerische Besetzung (occupatio bellica) . . . . .                                         | 93         |
| bb) Die friedliche Besetzung . . . . .                                                                | 93         |
| cc) Die gemischte Besetzung . . . . .                                                                 | 94         |
| b) Zur Anwendbarkeit der Haager Landkriegsordnung . . . . .                                           | 95         |
| IV) Die Besetzung neuen Stils . . . . .                                                               | 97         |
| 1. Wie ist das Besatzungsregime zu rechtfertigen? . . . . .                                           | 97         |
| 2. Die Interventionsbesetzung . . . . .                                                               | 99         |
| <b>Zusammenfassung . . . . .</b>                                                                      | <b>107</b> |

## Einleitung:

### **Inhalt und Abgrenzung des Themas.**

Mit dieser Abhandlung soll der Versuch unternommen werden, die Besatzungslage in Deutschland seit der Kapitulation 1945 in großen Zügen rechtlich zu analysieren und unter Vergleichung mit früher bekannten Formen der Besetzung auf ein die Einzelercheinungen umgreifendes und verdeutlichendes Schema zurückzuführen.

Dabei soll nur die Rechtsentwicklung in den Westzonen verfolgt werden, da die von der Sowjetunion besetzte Zone von dem gemeinsamen Ausgangspunkt der Viermächtebesetzung aus eigene Wege ging, denen nachzugehen eine gesonderte Darstellung erfordern würde. Innerhalb der Westzonen soll das Schwergewicht der Betrachtung bei den beiden angelsächsischen Zonen liegen. In ihrer staatsrechtlichen Entwicklung verkörpert sich einmal eine gewisse Kontinuität des deutschen staatlichen Lebens im zeitlichen Stadium zwischen Weimarer Verfassung und Bonner Grundgesetz wie zugleich die der deutschen staatlichen Entwicklung komplementäre Dynamik des Besatzungsregimes.

### **I. Der Begriff des Besatzungsrechts.**

Besatzungsrecht ist ein seit der Kapitulation 1945 in ganz Deutschland geltendes, aber von außen in das Geltungsgebiet hineingetragenes Recht, das von den okkupierenden Mächten einzeln oder in ihrer Gesamtheit gesetzt wird. Es tritt als eigene Rechtsordnung neben das deutsche Recht und zugleich in ein näher zu untersuchendes Rangverhältnis und in eine Wechselwirkung zu ihm. Besatzungsrecht umfaßt die Summe der Normen, mit denen sich die Besatzungsmacht an die deutschen Behörden und Bürger sowie – in geringerem Umfang – an die Besatzungsorgane selbst wendet, indem sie deren Befugnisse und Pflichten festlegt<sup>1</sup>.

Innerhalb dieses Rahmens ist der Begriff des Besatzungsrechts noch nicht klar umrissen, vielmehr gibt es drei mögliche Auffassungen, zwischen denen es zu entscheiden gilt.

1. Nach einer Ansicht ist Besatzungsrecht in Deutschland alles Recht seit der Kapitulation. Es wird argumentiert:

„Die Besatzungsmächte üben seit der Kapitulation in Deutschland die oberste Gewalt aus, und in dieser Tatsache liegen das Schicksal und die wahre Verfassung Deutschlands beschlossen. Die Einwirkungen auf das deutsche öffentliche Leben sind so vielfältig und durchdringend, daß deutsche Stellen nur Hilfsorgane, verlängerte Hand der Besatzungsmacht sind und, soweit sie mit Aufgaben betraut sind, ihrerseits Besatzungsrecht setzen.“<sup>2</sup>

Nach dieser Auffassung wären Staatsrecht und Besatzungsrecht identisch und für die Übergangszeit überhaupt nicht unterscheidbar<sup>3</sup>.

1) Ein zuweilen verwendeter Begriff des Besatzungsrechts im Sinne von Okkupationsrecht, als Kodex der die Besatzung selbst bindenden Völkerrechtsnormen (vgl. Handbuch § 7 S. 6) soll hier nicht gebraucht werden.

2) Dennewitz, Die Verfassungen der modernen Staaten, 1948, Bd. 2, S. 8.

3) So Kelsen und alle anderen, die den Untergang des deutschen Staates annehmen. Vgl. die Übersicht bei Klein, Verfassungsrecht S. 28. Für diese ist selbst das weitergeltende deutsche Recht nur von der Besatzung rezipiertes Recht.

2. Nach anderer Auffassung sind Besatzungsrecht alle generellen oder singulären Normen, die von der Besatzung selbst verkündet sind, im Unterschied zu den Bestimmungen, die – sei es auch auf Anweisung oder mit Ermächtigung einer Besatzungsmacht – von deutschen Stellen erlassen wurden. Hier wird darauf abgestellt, ob das im Einzelfall tätige Organ der Besatzungsorganisation oder dem deutschen Aufgabenbereich angehörte. Die beiden Bereiche werden unterschieden<sup>4</sup>.

3. Besatzungsrecht ist nach einer dritten Meinung insbesondere derjenige von der Besatzung erlassene Normen-Komplex, der den Schutz und die Sicherheit der Besatzungsmächte gewährleisten soll, darüber hinaus die Gesamtheit der Vorschriften, die sich auf das Besatzungsregime beziehen und die Erfüllung der Besatzungszwecke zu sichern bestimmt sind<sup>5</sup>. Besatzungsrecht soll unter allen Besatzungsvorschriften nur denjenigen Ausschnitt von Normen umfassen, der sich auf das Besatzungsverhältnis im eigentlichen Sinne bezieht und mit dessen Endigen gegenstandslos wird.

Die drei Auffassungen stecken also einen Bereich von verschiedenem Umfang ab: Zu 1) den weitesten, zu 3) den engsten und zu 2) einen mittleren. Die Ansicht eines ausschließlichen Besatzungsrechts dehnt den Besatzungsbereich zu weit aus und muß deshalb abgelehnt werden. Die dabei zu beurteilende Vorfrage, ob Deutschland durch die Kapitulation als Staat unterging oder bestehen blieb, ist eine heute im wesentlichen ausgetragene Streitfrage, die hier nicht im einzelnen erörtert zu werden braucht. Mit der ganz überwiegenden, überzeugend begründeten Meinung soll vom Fortbestand des deutschen Staates und der Existenz eines deutschen Staatsrechts ausgegangen werden<sup>6</sup>.

Von dieser Grundlage aus ist schon die Annahme ausgeschlossen, es handele sich bei allem neu entstehendem Recht um Besatzungsrecht. Neben der Besatzungsordnung bestand über 1945 hinaus die eigene Rechtsordnung des besetzten Landes fort<sup>7</sup>.

Die Auffassung zu 3) dagegen ist zu eng. Es wird nach einem Abgrenzungsmaßstab zum deutschen Recht gesucht, dieses also als eigener Bereich gewertet. Im Interesse der Klarheit kann aber diese Abgrenzung nicht im materiellen Gehalt einer Vorschrift gefunden, sondern nur nach dem rechtssetzenden Organ und seinen Kompetenzen vorgenommen werden.

In Übereinstimmung mit der Auffassung zu 2) sind deshalb Besatzungsrecht alle von der Besatzungsmacht erlassenen Vorschriften, auch wenn sie innerdeutsche Belange betreffen und nicht das spezielle Okkupationsverhältnis regeln. Zwischen diesen Bereichen ließe sich auch – gerade weil die Befugnisabgrenzungen der klas-

4) So die meisten deutschen Stimmen, die bekannt gewordenen einschlägigen Schweizer Gerichtsurteile, aber z. B. auch Loewenstein, *Legislative Process* . . . S. 1003 ff.; selbst Virally S. 5, der sonst den Besatzungsbereich sehr weit faßt, spricht von der Zulassung der Deutschen innerhalb des Besatzungsregimes zur selbständigen Führung ihrer Angelegenheiten, jedenfalls im Laufe der Besatzungsentwicklung.

5) Lewald S. 64.

6) Literaturübersicht bei Stödter S. 98, Anm. 109 (für die Zeit bis 1948), danach haben sich für den Fortbestand des deutschen Staates ausgesprochen: Krüger SJZ 50/114; Grewe AöR 75/393; DOG in NJW 50/690 = DRZ 50/364; OGH in OGHZ 2/379 (382) = DRZ 50/14 = NJW 50/66; OLG Tübingen in DRZ 50/91; OLG Köln in MDR 51/689; – CORA Entsch. Nr. 60 (25. 1. 51) in NJW (RzW) 51/106; BFH in JZ 52/435; BGH in DÖV 51/218 = JZ 51/230; BGH in JZ 51/696; BGHZ 3/1(6) = NJW 52/463 = JZ 52/111; BGH in JZ 52/748 und NJW 53/381; BVerfGer. in BVerfGE 2/1(56) u. 2/266(277), ebenso im „Beamtenurteil“ BVerfGE 3/58 ff. u. im „Soldatenurteil“ BVerfGE 3/288(319); Schweiz. Bundesgericht in NJW 53/39. Weiterhin festhaltend an der These vom Untergang des Reichs: Nawiasky, zuletzt auf der Staatsrechtslehrertagung 1954, vgl. JZ 54/765. Zweifelnd: Riezler SJZ 50/427 u. JZ 52/750, Bial in JZ 51/437. Nach Konstituierung der BRD hat sich die vorher schon herrschende Meinung verfestigt, wenn auch im einzelnen Auffassungsunterschiede bestehen, ob die Kontinuität im Deutschen Reich verkörpert ist oder ob die BRD ausschließlich diese (teilweise) fortsetzt, (so die Minderheit, z. B. der BFH in der oben zitierten Entscheidung).

7) Statt vieler: Handbuch § 7 S. 6. In den Wirren der Übergangszeit war dies ernsthaft umstritten. Rückblickend von einer neu gefestigten staatsrechtlichen Ordnung aus ist die Rechtsprechung heute geneigt, dieser Frage keine große Bedeutung mehr beizumessen, vgl. BVerfGE 4/74, Leitsatz 4.

sischen Okkupation fragwürdig geworden sind<sup>8</sup> – keine deutlich erkennbare Scheidung vornehmen. So kann nur entscheidend sein, wer eine Norm erläßt, nicht was sie enthält<sup>9</sup>. Bei dieser begrifflichen Erfassung des Besatzungsrechts ist ein sogenanntes „mittelbares Besatzungsrecht“ als weitere Kategorie<sup>10</sup> nicht von Erkenntniswert. Solche ohne eigene Entscheidungsfreiheit auf Anweisung hin erlassenen Normen mögen innerhalb der deutschen Rechtsvorschriften eine Sonderstellung einnehmen<sup>11</sup>, für die Abgrenzung zum Besatzungsrecht selbst besagen sie nichts.

Das so umgrenzte Besatzungsrecht offenbart sich in den gesetzgebenden Akten der Besatzungsorgane, wobei Rechtssetzung in einem weiten Sinne verstanden wird, da infolge der monistischen Struktur der Besatzungsgewalt das Gesetz im formellen Sinne seine Sonderstellung verliert<sup>12</sup>. Als rechtliche Grundlagen kommen weiter die völkerrechtlichen Vereinbarungen der Siegermächte untereinander in Betracht. In der Ausgangslage der Besetzung bildeten diese durchaus die Richtschnur der zonalen und überzonalen Rechtssetzung und rechtfertigten es, von einer „Einheitlichkeit des Besatzungsregimes“ zu sprechen<sup>13</sup>.

## II. Der Begriff des Staatsrechts.

Hierunter sollen die Normen über den rechtlichen Aufbau des Staatswesens (Organisation und Funktion der Staatsorgane) und über die Grundlagen des Verhältnisses zwischen Staat und Bürgern verstanden werden<sup>14</sup>. Ausgegangen wird hier von dem weiten Sinne einer „Rechtsordnung auf Subordination“<sup>15</sup> im begrifflichen Gegensatz zu Rechtsbeziehungen kraft Koordination, wie sie sich innerstaatlich im Privatrecht und überstaatlich in der Völkerrechtsordnung verkörpern. Innerhalb dieses Rahmens sollen neben der reinen Verfassungsstruktur die großen Linien der Verwaltungsorganisation und der staatliche Einfluß auf die Wirtschaftsverfassung Berücksichtigung finden. In der Neuzeit hat die Verwaltung gegenüber der Verfassung ständig an Einfluß und Bedeutung gewonnen, je mehr der Staat in das Sozialgefüge mitgestaltend eingriff, so daß Forsthoff seine Bemerkung über die „Inkongruenz von Verfassungsrechtslage und Verwaltungswirklichkeit“ an den Anfang seines Lehrbuches stellen konnte<sup>16</sup>. Diese Verlagerung des Schwergewichts von der Verfassung in Richtung auf die Verwaltung, die auf eine in der Entwicklung der Staatsaufgaben liegende Umschichtung zurückgeht<sup>17</sup> und sich unter den exekutiven Formen eines Besatzungsregimes fortsetzt, kann auch für die Untersuchung von Besetzungseinwirkungen nicht außer Betracht bleiben.

Für die vorliegende Arbeit wird ein moderner Begriff des Staatsrechts zugrunde gelegt, der mitgeprägt ist von dem schon seit Jahrzehnten in Fluß befindlichen Umschichtungsprozeß der Staatsaufgaben aller Kulturstaaen, aber auch von den Einwirkungstendenzen der Nachkriegsbesetzung auf das deutsche öffentliche

8) Dazu unten 3. Hauptteil; auch konnte schon von jeher die Besetzung in bestimmtem Umfang reine Landesangelegenheiten wahrnehmen: vgl. das Beispiel bei v. Turegg, JR. 49/337; der deutsche Generalgouverneur in Belgien erkennt einem belgischen Beamten 1918 für 34jährige Dienstzeit ein Ruhegehalt zu.

9) Jur. Ausschuß der Ministerpräsidenten, „Rechtsvorschriften der Besatzungsmächte“ S. 6; Handbuch § 25 S. 5.

10) Ringe mann auf der Weinheimer Tagung des Instituts zur Förderung öff. Angelegenheiten (vgl. DRZ 49/498, 12); Wolff DRZ 50/6; Baur DRZ 50/151; Hedwig Maier „Verdecktes Besatzungsrecht“ in JZ 53/367 gegen BVerfG in BVerfGE 2/181 (199 ff.) = JZ 53/312 u. MDR 53/345 (nur Leitsätze) betr. die verfassungsrechtliche Prüfung des sogenannten „Märzgesetzes“ von Rheinland-Pfalz vom 10. 3. 1950. Im einzelnen zum mittelbaren Besatzungsrecht unten zweiter Hauptteil 4b unter bb.

11) H. Maier a. a. O. S. 371.

12) In der Gesetzgebung des Kontrollrats zeigt sich dies in den Direktiven Nr. 10 u. 51. Zur Konzentration der Gewalten im Besatzungsregime schon Fraenkel S. 92.

13) Grewe S. 24. Der Gegenstandspunkt von Klein (S. 44) stellt ersichtlich auf die Zeit nach Lahmlegung des Kontrollrats ab.

14) v. Turegg, Lehrbuch S. 4.

15) Hatschek Bd. I/108.

16) Band I, 1950, Vorwort.

17) Vgl. Forsthoff, „Die Verwaltung als Leistungsträger“, 1938.

Recht. Indem die Besatzungsmacht das ganze Gewicht eigener Kompetenz auf früher weniger beachtete oder gar neuartige Zweige der Staatstätigkeit verlegte, steckte sie damit zugleich den grundsätzlichen Rahmen für eine staatsrechtliche Betrachtung neu ab.

### III. Die Übergangszeit.

In einer Epoche der Provisorien wurde die Bezeichnung „Übergangszeit“ für die verschiedensten Zeitabschnitte gebraucht, die nur ihren Anfangspunkt gemeinsam haben:

Die Zeit getrennter Militärregierungen bis zum Wirksamwerden des Kontrollrates am 30. 8. 1945<sup>18</sup>.

Die Zeitspanne bis zur Schaffung rechtlich normierter Verwaltungseinheiten auf Zonen- oder Länderebene<sup>19</sup>.

Der Zeitraum bis zur Beendigung des Kriegszustandes.

Die Zeit bis zum Inkrafttreten des (summarisch abgefaßten) Besatzungsstatutes.

Die Zeit bis zur vollen positiv-rechtlichen Normalisierung des Besatzungszustandes.

Die Zeit bis zu uneingeschränkter Wiedererlangung deutscher Staatshoheit in gesamtdeutschem Rahmen<sup>20</sup>.

Die besatzungsrechtlich geprägte Übergangszeit in Deutschland umschließt den Zeitraum bis zur Konsolidierung einer neuen staatsrechtlichen Ordnung. Innerhalb der verschiedenen Stufen dieser Neuordnung soll hier die Cäsur im September 1949<sup>21</sup> als die entscheidende angesehen werden. Die Konstituierung der Bundesrepublik und das Inkrafttreten des Besatzungsstatuts brachten im Verhältnis der Deutschen zu den westlichen Besatzungsmächten zwar nicht die vollkommene Wirklichkeit des Besatzungsverhältnisses als Rechtsordnung; immerhin aber ließen von da an die Besatzungsmächte nicht mehr nur die Bedürfnisse und Notwendigkeiten einer rein faktisch aufgefaßten Besatzungslage<sup>22</sup> maßgebend sein.

Ab September 1949 konnte die Zeit der Provisorien als abgeschlossen gelten; waren die bisherigen Maßnahmen zum Teil in Beachtung, zum Teil unter Durchbrechung der bisherigen und der neu entstehenden Rechtsordnung im besetzten Gebiet getroffen, so traten diese Tatbestände erst mit dem Besatzungsstatut für die rückblickende Betrachtung in ein Regel-Ausnahme-Verhältnis<sup>23</sup>. Dabei läßt sich die Übergangszeit der Jahre 1945–1949 von einem gewissen historischen Abstand aus überblicken. Der verhältnismäßig kurze Zeitabstand hat den Problemen nur wenig an Bedeutung genommen und läßt andererseits schon die Entwicklungslinien der Okkupation erkennen. Auf die Zeit nach 1949 soll insoweit noch eingegangen werden, wie in der späteren Entwicklung Besatzungsprobleme der Übergangszeit nachwirkten oder eine klärende Behandlung im Schrifttum erfuhren. Aus der Fülle der Besatzungserscheinungen können lokale Eigentümlichkeiten von nur

18) So Stappert, „Die Kontrollbehörde“, S. 140.

19) Apelt, DRZ 1947 S. 1.

20) So Vorspruch u. Art. 146 GG. Auch eine Äußerung von K. Schmid (sten. Berichte d. Parlament. Rates S. 70) geht in diese Richtung: „Die Zeit der Bemühungen, Deutschland neu zu organisieren, nicht neu zu konstituieren.“ In einem noch weiteren Rahmen umschreibt Dulles (War or Peace, New York 1950/233 ff.) den Begriff als „the transition from war to what we hoped would be peace.“

21) Der Tag der Verkündung des Bonner Grundgesetzes (23. 5. 1949) ist die Geburtsstunde der Bundesrepublik Deutschland, die damit rechtsfähig wurde, aber erst mit Zusammentritt des Bundestages am 7. 9. 1949 handlungsfähig war. Kurz darauf war mit dem Inkrafttreten des Besatzungsstatuts (21. 9. 49) auch die Epoche der Militärregierungen beendet.

22) Während Grewe S. 16 von einer „bislang ungeschriebenen, nicht bei allen Entscheidungen der Besatzung sichtbaren Rechtsordnung“ sprach, leugneten diese Ordnung andere Stimmen überhaupt: AGer. Charlottenburg DRZ 48/63; Laun, HLKO, 1948 S. 67. Auch die Rechtsprechung hatte sich mit dem Begriff der Übergangszeit zu befassen, insbesondere bei der Frage, inwieweit nach dem Zusammenbruch Beamtenverhältnisse ohne den Formzwang des § 27 DBG begründet werden konnten. Der BGH spricht von der Zeit der „Unklarheiten über die staatsrechtlichen Verhältnisse“, einer Zeit der „vorläufigen Organisation des Verwaltungsaufbaus“ (BGHZ 3/1 (28, 29), ähnlich BVerfGE 3/255).

23) Zutreffend BVerfGE 4/74 (89).

kurzer Dauer, örtlich differenzierte Regelungen und Notmaßnahmen zur ersten Überwindung des Zusammenbruchs außer Betracht bleiben, soweit sie für die Besatzungsentwicklung im ganzen nicht von Erkenntniswert sind.

#### IV. Vorbemerkung über das Verhältnis von Besatzungsrecht, Völkerrecht und innerdeutschem Recht.

Die Befugnisse der Besatzungsmächte wurzeln im Völkerrecht. Besatzungsrecht ist nicht selbst Völkerrecht<sup>24</sup>, steht aber unter Völkerrecht<sup>25</sup>. Bei der Doppelnatur der Besatzungsbefugnisse ist die Einordnung schwierig, ob Besatzungsrecht als fremdes Recht zu gelten hat oder dem deutschen Rechtskreis angehört. Für die Auslegung und Anwendung setzte sich in der Rechtsprechung unter weitgehender Zustimmung des Schrifttums mit guten Gründen die Ansicht durch, daß Besatzungsrecht dem innerstaatlichen Recht weitgehend gleichzusetzen sei<sup>26</sup>.

Das anfängliche Verbot der Auslegung von Befehlen und Rechtsvorschriften der Militärregierung in MRG Nr. 2 wurde bald beseitigt<sup>27</sup>. Abgesehen davon, daß eine Auslegung notwendigerweise an die Rechtsordnung des Geltungsgebietes anknüpfen mußte, hätte auch eine Auslegung nach fremdem Recht<sup>28</sup> bei der von mehreren Mächten getragenen Gesetzgebung (Kontrollrat) zu unüberwindlichen Schwierigkeiten führen müssen. Indem das Besatzungsrecht in der Anwendung als deutsches Recht angesehen wurde, konnte der Gefahr der Spaltung der Rechtsordnung durch eine sich auf die Besatzungsgesetzgebung isolierende Betrachtungsweise<sup>29</sup> begegnet werden. Soweit Besatzungsgesetze nicht selbst eindeutige Auslegungsregeln gaben, zwang der Grundsatz der Einheitlichkeit der Rechtsordnung zu einer gleichmäßigen Auslegung unter Berücksichtigung des Charakters der einzelnen Rechtssätze.

24) Dies nehmen an: Stödter S. 204, Schlochauer DRZ 47/120, Scheuner in Friedenswarte 1951 S. 7, ohne damit die unmittelbare Verbindlichkeit für die Einwohner des besetzten Gebietes überzeugend erklären zu können.

25) Grewe, Besatzungsstatut, S. 86; ebenso in AÖR Bd. 75/242 ff.; Dölle-Zweigert S. 23; Klein S. 67; Kleinrahm DRZ 48/74 u. AÖR 1948/516; Mosler in AÖR Bd. 75/385; für die weitere Frage, wie dann innerhalb dieses Rahmens Besatzungsrecht zu qualifizieren ist, geben die Meinungen über die Rechtsnatur der Besatzungsgewalt einen Anhaltspunkt (unten 3. Hauptteil I 1).

26) RGZ 106/59 für die Besetzung Belgiens; OLG Stuttgart HEST 2/230 (die Gesetze der Mil.Reg., also auch das MRG Nr. 53, sind ein Teil des deutsch. Strafrechts); BGH Beschl. v. 20. 12. 50 in NJW 51/151 = MDR 51/169 = JZ 51/87 (Leitsatz) und BGHZ Bd. 1/9 (11); CORA Entsch. Nr. 9 Fall 45 in MDR 50/380 = NJW (RzW) 1949/50 S. 242 (das MRG Nr. 59 sei als deutsches Gesetz zu behandeln, eingeschränkt durch 7. AVO zum REG, das der eigenen Auslegung des CORA den verbindlichen Vorrang gab, vgl. JZ 51/185).

Dölle-Zweigert S. 23 u. 292; Dölle in Raape-Festschrift S. 149, 156; Duden DRZ 47/376 u. 48/27; Arndt NJW 50/908; Mann NJW 51/157; Palandt BGB, 7. Aufl., § 133 Anm. 7; Giese MDR 50/132; Lange JZ 52/261; ebenso im Ergebnis, wenn auch in der Begründung gegen Dölle: Handbuch § 25 S. 25 (Ausschlaggebend sei der praktische Gesichtspunkt, daß deutsche Bürger und Richter die Normadressaten); schon für die in ihren gesamten Wirkungen weit schwächere Rheinlandbesetzung Fraenkel S. 85 („Ordinances . . . formed an integral part of German law“).

Abweichend davon beruft sich Court of Appeals in NJW 50/908 für das MRG Nr. 63 (Umstellungsgesetz) auf Auslegungsgrundsätze amerik. Rechts (kritisch Arndt u. Mann a. a. O.); ebenso sieht ein New Yorker Nachlaßgericht (Domke JZ 52/742) das MRG 53 als nach amerik. Rechtsauffassungen auszulegendes amerik. Militärgesetz an. Im Schrifttum gegen die Auslegung wie deutsches Recht: Heiland DRZ 50/102; Beyer MDR 50/381; Jaenicke S. 9—13; Stappert, Kontrollbehörde S. 152 (Besatz.-Recht sei aus sich selbst auszuliegen); weiter Board of Review in JZ 51/794 u. 52/243.

Vermittelnde Meinung bei Chon u. Martin Wolff, Manual of German Law, Bd. I London 1950 (die freieren deutschen Auslegungsgrundsätze seien nur bei nach deutschen Gesetzgebungsgrundsätzen formulierten MR-Gesetzen anzuwenden).

27) 2. Änderungsgesetz zum MRG Nr. 2, vgl. OLG Hessen DRZ 48/311.

28) Ob bei Lückenhaftigkeit des Besatzungsrechts eine Auslegung nach dem Heimatrecht einer Besatzungsmacht möglich ist, läßt der BGH dahingestellt (JZ 54/251, Entscheidung zu MRG Nr. 53).

29) Auf diese Gefahr wiesen vor allem Dölle-Zweigert S. 292 und Sauer in „Die Spruchgerichte“ 1948 S. 33 hin.

Besatzungsrecht bildet mithin insofern einen Teil des innerstaatlichen Rechts, als für die Anwendung und Auslegung die schon bestehenden innerstaatlichen Rechtsätze heranzuziehen sind. Dabei können Besatzungsnormen nach Entstehungsart und Geltungsgrund mit dem vorgefundenen Landesrecht nicht völlig homogen sein, auch der Besatzungsvorbehalt der ausschließlichen Normprüfung bleibt unberührt<sup>30</sup>. Die tiefer liegende Frage, wie über die Rechtsanwendung hinaus die Rechtssetzung als Funktion abgeleitet und welchem Rechtskreis sie zugerechnet werden kann, soll unten im Zusammenhang mit der Rechtsnatur der Besatzungsgewalt abgehandelt werden<sup>31</sup>. Beide Fragen – Herkunft der Befugnisse und Qualifizierung des angewendeten Rechts – sind nicht notwendig identisch. Für das Besatzungsrecht sind Fragen der Jurisdiktion und des angewendeten Rechts zu trennen<sup>32</sup>.

Schwierigkeiten der Abstimmung des Besatzungsrechts auf den deutschen Rechtskreis in einigen Grenzfällen zeigen nur die Problematik der Einordnung, lassen diese aber nicht unmöglich erscheinen. Es lassen sich nicht in allen Fällen glatte Lösungen erzielen. Vor allem bei Divergenzen von Besatzungsgesetzen verschiedener Zonen wurde die Frage aufgeworfen, nach welchen Maßstäben solche Kollisionen zu lösen seien<sup>33</sup>. Einzelne Teile einer einheitlich aufzufassenden Rechtsordnung können nicht untereinander kollidieren. Allerdings läßt sich die Einfügung des Besatzungsrechts in den heimischen Rechtskreis nicht zu einer mathematisch zu fassenden Identität ausweiten. Von der Überordnung zur Einordnung wirft das Besatzungsrecht schwierige Probleme auf, die gegenüber früheren Besetzungen in demselben Maße wuchsen wie die Intensität der Einflußnahme.

Die Frage nach den staatsrechtlichen Auswirkungen der Besetzung ist zu klären durch eine Analyse des Staatsrechts der Übergangszeit, notwendigerweise aber auch auf der Basis der völkerrechtlichen Lage Deutschlands. Mochte nach dem Zusammenbruch die Theorie vom Untergang des deutschen Staates vielen allein überzeugend erscheinen<sup>34</sup>, so mußte mit fortschreitender Entstehung neuer Verwaltungszentren, die über das Gebiet einzelner Länder hinausreichten, doch nach einer Anknüpfung gesucht werden, sei es im Sinne eines vorläufigen Nebeneinander oder einer kontinuierlichen Nachfolge<sup>35</sup>.

30) Der Vorbehalt wirkte über die Übergangszeit hinaus: AHKG Nr. 13 u. 71; zum richterlichen Prüfungsrecht unten 2. Hauptteil IV 4 b.

31) Unten 3. Hauptteil I 1.

32) Mosler, „Die Spruchgerichte“ 1948/291. Der Versuch, die Erkenntnisse über die Rechtsnatur der Besatzungsgewalt schematisch und unbedingt auch für den Charakter der Rechtsanwendung zugrunde zu legen (so Handbuch § 25 S. 18 ff.) ist nicht zwingend und verträgt sich nicht mit den Erfordernissen der Rechtsanwendung, die sichere Maßstäbe braucht und nicht bei dem elastischen Prinzip der Doppelnatur stehen bleiben kann.

33) Beyer, MDR 50/380 zum REG der US- u. Brit. Zone. Zum Verhältnis dieser Gesetze auch Board of Review Entsch. 51/52 (JZ 51/467); weiter Beyer, MDR 51/593; zu Widersprüchen zwischen Kontrollratsgesetzen u. Zonengesetzen nach Lahmlegung des KR: Beruf. Gericht der brit. Kontrollkommission in NJW 50/436, OLG Frankfurt/M. NJW 50/440, Jaenicke S. 30, 31 (grundsätzlich soll für deutsche Stellen das spätere Gesetz Vorrang haben). Zur Divergenz zw. § 25 III MRG Nr. 15 u. § 1 II Brit. MRVO Nr. 165: Ipsen, AöR 75/224 „Staatsgesetz über – Verwaltungsakt unter Sittengesetz“, vgl. unten 1. Hauptteil VI 2). Es gilt auch hier der allgemeine Interpretationsgedanke, daß einer Rechtsordnung nach der Logik einander widersprechende Rechtssätze nicht angehören können, Nawiaszky, JZ 54/719.

34) Im Anschluß an Kelsen, The Status of Germany according the Declaration of Berlin, AmJIntLaw Vol. 35 (July 1945) 518 ff.

35) Für Virally (S. 99, 100) erscheint eine Anknüpfung deshalb unannehmbar, weil den Alliierten in ihrer Eigenschaft als Verwalter der deutschen Funktionen damit eine „Rechtsnachfolgerschaft“ des totalitären Staates zugemutet würde. Für die in immer größerem Umfang delegierten Befugnisse nimmt er deshalb an, Deutschland nicht als Staat, sondern als Nation sei die tragende juristische Persönlichkeit. Er tritt damit denen bei, die die Völkerrechtssubjektivität nicht mehr an den Staatsbegriff binden wollen (z. B. Jessup S. 2, 12) und nähert sich staatsrechtlich wieder der Theorie der Kontinuität (vgl. oben Fußnote 6).

## V. Schwierigkeiten einer wissenschaftlichen Behandlung des Besatzungsrechts.

Besatzungsrecht ist die Norm höheren Ranges. Daher erging jede deutsche Entscheidung unter der stillschweigenden Feststellung, daß die angewandten deutschen Normen mit dem Besatzungsrecht vereinbar waren<sup>36</sup>. Trotz dieser umfassenden Bedeutung war die Materie des Besatzungsrechts in der Zeit ihrer größten Aktualität nur wenig durchforscht<sup>37</sup>, was auf verschiedenen Ursachen beruhte. In der ersten Zeit spielte die Auffassung von der Besetzung als reiner Machtfrage eine Rolle, die bei der anfänglichen Omnipotenz der Besatzungsorgane verständlich erschien<sup>38</sup>.

Eine tiefe Resignation drückte sich darin aus, daß einzelne Stimmen so wie dieses angeführte Gerichtsurteil das Besatzungsregime hinnahmen als auf „Macht und Faktizität“ gegründet<sup>39</sup>. Die Feststellung einer faktischen Positivität darf aber auch in Fragen des Besatzungsrechts nicht am Endpunkt der juristischen Erörterung stehen. Es darf nicht die Definition gelten: „ius est quod iussum est.“<sup>40</sup> Gerade angesichts des Spannungsverhältnisses von Recht und Wirklichkeit war es ein besonderes Anliegen der Übergangszeit, den Geltungsanspruch des Rechts gegenüber der faktischen Macht zu behaupten<sup>41</sup>. Dieses Spannungsverhältnis von Recht und Macht ist schließlich ein Kernproblem der Rechtsordnung und erreichte nur in der außergewöhnlichen Lage Deutschlands einen besonderen Stärkegrad<sup>42</sup>. Das Provisorium einer undurchsichtigen Rechtslage war jedoch nur ein Durchgangsstadium. Die Besatzungsmächte selbst waren bemüht, einer rechtlich geordneten, ethisch fundierten, inhaltlich begrenzten Machtorganisation in rechtsstaatlichem Sinne den Boden zu bereiten. Daß die Besetzung Deutschlands Rechtscharakter aufwies und ihre rechtliche Schranken immanent waren, ist unten darzulegen<sup>43</sup>.

Eine weitere Schwierigkeit der Kenntnis und Erkenntnis des Besatzungsrechts lag in der rechtlichen Zersplitterung und der daraus entspringenden Vielfalt von Normen und Publikationsorganen<sup>44</sup>. Einmal waren die im Föderalismus begründeten traditionellen Eigenheiten wiederhergestellt oder weiter gefördert, sowie durch die Zoneneinteilung und den beginnenden Ost-West-Gegensatz neue Zerschneidungen hinzugefügt worden.

Neben dem Zug zur Föderalisierung in den südlichen Westzonen war es die allgemeine Technik der Rahmengesetzgebung, die das Besatzungsrecht weithin unübersichtlich und wissenschaftlicher Durchdringung schwer zugänglich machte. Vielfach ergingen Rahmengesetze des Kontrollrats, des Obersten Befehlshabers, (während der ersten Zeit in den Westzonen) und der Zonenbefehlshaber, die erst durch

36) Grewe AöR Bd. 75/242.

37) Kleinrahm, AöR 1948/516 und DRZ 1948/73.

38) „Solange im besetzten Gebiet die militärische Befehlsgewalt dauert, wird eine sich zu den Anordnungen der Besatzungsmacht in Widerspruch setzende juristische Erörterung . . . immer dazu verurteilt sein, ein lediglich theoretisches Dasein zu führen.“ (AGer. Charlottenburg, DRZ 48/62).

39) Diese Faktizität sieht H. Maier (JZ 51/230) als einen auch nach der Übergangszeit noch wirksamen Wesenszug der Besetzung an.

40) In diesem Sinne richtete Grewe (Besatz.Statut S. 152) an die Besatzung die Mahnung, „das Willkürverbot ernst zu nehmen und es nicht im doppelten Zynismus der Übermacht und der Ohnmacht untergehen zu lassen“, während Karl Schmid vor einem Forum deutscher Juristen daran erinnerte, gerade in einer Lage des Mißverhältnisses von Macht und Recht komme es darauf an, das Gewissen der Menschen wachzurütteln, auch ohne die Aussicht einer unmittelbaren Einwirkungsmöglichkeit auf die politische Lage (Rede auf dem Konstanzer Juristentag 1947, DRZ 47/205).

41) Stöcker S. 128, 129.

42) Dietrich Schindler im Vorwort bei Brierly (Outlook . . . S. 10): „Gerechtigkeit und Macht sind inkommensurable Faktoren, die doch im Recht vereinigt sein sollen. Je größer die Spannungen innerhalb der unter eine Rechtsordnung zu bringenden Gemeinschaft sind, desto schwieriger ist das Problem zu lösen. Aber im Grunde ist es innerhalb des Staates und zwischen den Staaten dasselbe.“

43) 3. Hauptteil unter I 2.

44) Über die Schwierigkeiten der ersten Zeit, Besatzungsanordnungen publikumswirksam zu verbreiten: Loewenstein, Law and Legislative Process . . . S. 744, 745.

Rechtsvorschriften und Anweisungen von Besatzungsorganen engerer territorialer Bereiche oder gar örtlicher Stellen ergänzt und erläutert wurden.

Weiter bringen es der provisorische Charakter und die rasch wechselnde positive Ausgestaltung vieler Normen mit sich, daß sie keine dauernde Aufmerksamkeit auf sich lenken konnten. In der Darstellung läßt sich einerseits auf bestimmte Zeitpunkte in einer rasch vorwärtstreibenden Entwicklung abstellen, andererseits kann man vom gewählten Endpunkt des Jahres 1949 das Ergebnis dieser Entwicklung überschauen<sup>45 46</sup>.

Schließlich entstammt das Besatzungsrecht einem fremden Rechtskreis mit eigenem Rechtsdenken von ausgeprägter Andersartigkeit der Rechtsbegriffe<sup>47</sup>. Infolge mangelnder Abstimmung der Begriffe – Besatzungsgesetze waren durchweg nicht das Ergebnis ausgefeilter gesetzgeberischer Arbeit – fügten sich Besatzungsnormen schon äußerlich vielfach nicht harmonisch in die Materien ein, zu deren Abänderung oder Ergänzung sie erlassen waren. Besonders bei Beteiligung aller vier Mächte an einem Gesetzgebungsakt<sup>48</sup> würde sich ein materiell einheitlicher Wille des Gesetzgebers kaum feststellen lassen<sup>49</sup>. Aber auch auf die Westzonen beschränkt lassen sich „anglo-amerikanische Rechtssätze“ nicht anwenden, weil in dieser Beziehung England von den USA und dort wieder ein Staat vom anderen verschieden ist<sup>50</sup>. So wurde mit Recht von den „Konstruktionsgrundlagen“ des deutschen Rechts her<sup>51</sup> nicht nur nach den Grenzen der Besatzungsbefugnisse gefragt<sup>52</sup>, sondern auch die Auslegung und Anwendung des Besatzungsrechts gehandhabt. Die Frage der Abstimmung auf den deutschen Bereich mußte von Theorie und Praxis immer wieder aufgeworfen werden, da das Gesetzgebungswerk der Militärbehörden notwendig fragmentarisch<sup>53</sup> war und eine deutsche Rechtsordnung voraussetzte. Dabei ist aber stets zu prüfen, wo bei Einwirkungen auf das deutsche Recht die Grenze zwischen ergänzender Regelung und gewollter reformatorischer Rechtsschöpfung lag, und wie weit bei dieser die Besatzung von deutschen Rechtsgrundlagen absehen wollte und sie außer acht lassen konnte.

Nur an einzelnen Stellen kam es zu tieferem Eindringen in besatzungsrechtliche Fragen, wo die Diskussion am dringendsten und eine Aufhellung schlechthin unumgänglich war: Im Bereich des MRG Nr. 52 und anläßlich des KRG Nr. 10. Die dort gewonnenen Einsichten allgemeinerer Natur lassen sich zu einer Gesamtbeurteilung des Besatzungsrechts heranziehen. Es bedarf dieser induktiven Methode, weil es einen „Allgemeinen Teil“ des Besatzungsrechts noch nicht gibt, der es gestattet, die Fülle des Stoffes vom höheren Blickpunkt schon gewonnener abstrahierter Regeln zu überschauen.

Das MRG Nr. 52 brachte eine umfassende Berührung zwischen Besatzungsrecht und deutschem Recht auf einer mehr formalen, verfahrensrechtlichen Ebene, weil jede vermögensrechtliche Streitigkeit auf die eventuelle Sperrwirkung dieses Ge-

45) Auf diesen dynamischen Charakter des Besatzungsrechts weist vor allem Virally S. 47 hin.

46) In „Handbuch“ § 25 S. 15 wird sogar die Möglichkeit eingeräumt, Besatzungsgesetze könnten in verhältnismäßig kurzer Zeit durch stillschweigende Nichtanwendung ihre Geltung verlieren, also noch vor Ende der Besetzung, von welchem Zeitpunkt beim „Postliminium“ (3. Hauptteil, Fußnote 179) ausgegangen wird.

47) Ein Beispiel in RdL 1952/318 zum Begriff des Geregeltseins eines Nachlasses nach KRG 45 Art. XII. Da für das verwickelte Besatzungsrecht der Satz „iura novit curia“ nicht immer zutrifft, konnte die Streitfrage entstehen, ob Besatz.Recht Gegenstand einer gerichtl. Beweiserhebung sein könne: OLG Celle JZ 54/199 u. Peters JZ 54/182.

48) Brecht (The Annals . . . Vol. 267/28) nennt die gemeinsame Basis des Potsdamer Abkommens „eine der merkwürdigsten und kurzlebigsten Illusionen der Geschichte“.

49) Lange, JZ 52/261: „Wenn wir den Geist der Gesetze im Sinne der alliierten Gesetzgeber anrufen müßten, würden wir ganz verschiedene Antworten erhalten, je nachdem in welcher Sprache und wo wir anfragten.“

50) Dünnebieber in JZ 52/375.

51) Dölle-Zweigert, S. 23; Kleinrahm, DRZ 48/73; aus der Rechtspr. vgl. BGH in NJW 54/1684 (§ 3 Währungsgesetz und der das deutsche Recht beherrschende Grundsatz der Vertragsfreiheit).

52) Dazu unten 3. Hauptteil, Fußnote 53 und 54.

53) Domke JZ 52/742 (unten rechts) am Beispiel des Devisenrechts.

setzes überprüft werden mußte<sup>54</sup>. Wenn auch die Rechtsfragen<sup>55</sup> aus diesem Gesetz mit dem Umfang der Fälle aus Entnazifizierung und Rückerstattung bald abnehmen, so blieb doch die grundsätzliche Bedeutung dieser Fragen für die Erkenntnis des neuen Besatzungsrechts. Im Bereich des KRG Nr. 10 dagegen wurde durch ein Gesetz, das einen Strafanspruch der Völkerrechtsgemeinschaft unmittelbar gegen Angehörige eines das Völkerrecht verletzenden Staates begründen sollte, in verschiedenen Richtungen eine leidenschaftliche Diskussion hervorgerufen, die bis zu grundsätzlichen rechtsethischen Erwägungen führte. Mochte die völkerrechtliche Verantwortlichkeit des Individuums im Zuge der neueren Entwicklung an sich bejaht werden können, so konnten berechtigte Zweifel auftauchen, wie die gleichmäßige Verfolgung gewährleistet werden könnte und ob ein Gremium der Siegermächte stellvertretend für die Völkergemeinschaft mit dem Ansehen eines unparteiischen Richters zu handeln befugt sei<sup>56</sup>. Am umstrittensten aber war die Frage eines rückwirkenden Erlasses von Besatzungsgesetzen. Während manche ein von der Besatzung für das deutsche Strafrecht wieder in Geltung gesetztes Rückwirkungsverbot für allgemein maßgeblich hielten<sup>57</sup>, war nach dem „Juristenurteil“ des amerikanischen Militärgerichts in Nürnberg<sup>58</sup> das KRG Nr. 10 eine nur deklaratorische Darlegung bereits vorher bestehender Völkerrechtsgrundsätze, auf die der dem (geschriebenen) innerstaatlichen Recht entstammende Satz „nullum crimen sine lege“ nicht passe<sup>59</sup>. Eine vermittelnde Ansicht sah eine Rückwirkung zwar als gegeben an, diese bedeute aber keinen Eingriff in Grundrechte, weil bisher im überpositiven Recht schon vorhandene Schranken durch Gesetzesnormen verdeutlicht und nachgezogen worden seien, die Rückwirkung die zu billigen Tendenz verfolge, Mißstände eines vergangenen Regimes zu reformieren<sup>60</sup>. Das KRG Nr. 10 mit seiner vielfältigen Resonanz im Schrifttum<sup>61</sup> nahm dabei innerhalb des Besatzungsrechts eine Sonderstellung ein, da es weder die deutsche Gerichtsbarkeit beschränken noch der Gerichtsbarkeit der Besatzung einen Zweig hinzufügen sollte.

Unter Berücksichtigung der angedeuteten Schwierigkeiten soll der Einfluß des Besatzungsrechts nun in einzelnen Abschnitten unter verschiedenen Blickpunkten betrachtet werden. Der Prozeß der Einflußnahme, dessen letztes Ziel es sein sollte, die Besatzung überflüssig zu machen, wurde von weitgreifenden neuartigen Zielen getragen, die sowohl in einzelnen bezeichnenden Zweigen darzustellen (1. Hauptteil), als auch in ihrer Gesamtheit, in ihrer komplexen Wirkung auf die wiedererstehende deutsche Staatsgewalt in ihren drei Erscheinungsformen deutlich zu machen sind (2. Hauptteil). Bei abstrahierender Betrachtung bietet sich als Gesamteindruck das Bild eines neuartigen Besatzungsrechts in Deutschland, das im Vergleich mit bisherigen Formen einzelne Übereinstimmungen, aber auch bezeichnende eigene Züge aufweist (3. Hauptteil).

Dennoch muß es als Erscheinungsform eines rechtlich geordneten Herrschaftsverhältnisses neben den bisher bekannten Besatzungsformen seinen Platz finden. Dabei zeigen sich vielfältige Probleme, die im Staatsrecht wie im Völkerrecht wurzeln und mit den überkommenen Regeln über Besatzungsverhältnisse nur unvollkommen erfaßt werden können. Die Besetzung neuen Stils ist eine Erscheinungsform des öffentlichen Lebens der jüngsten Vergangenheit in Deutschland, deren reales Vorhandensein sich nicht leugnen und deren rechtliche Einordnung sich nicht umgehen läßt.

54) Vgl. Heiland, Gesetz Nr. 52 als Mittel der Besatzungspolitik (DRZ 49/218).

55) Diesen Fragen war der erste umfassende deutsche Kommentar zu einem Besatzungsgesetz gewidmet: Dölle-Zweigert, 1947.

56) Aufschlußreich in dieser Richtung die Ansprache von Papst Pius XII. an den VI. Int. Strafrechtskongreß 1953, Wiedergabe in JZ 1953/769 (771).

57) So Hodenberg in SJZ 47/414 ff.

58) Urteil vom 3./4. Dezember 1947 S. 21.

59) Ähnlich Radbruch SJZ 47/134: dem Rechtsinhalt dieses Gesetzes entsprechendes „Übergesetzliches Recht“ habe schon zur Zeit der Tat gegolten.

60) Meyer-Cording in JZ 52/162, 166.

61) Übersicht über den Stand der Meinungen bei R. Lange, DRZ 48/155 und „Handbuch“ § 26 S. 40 ff.



## Erster Hauptteil:

### **Der Einfluß des Besatzungsrechts auf einzelne Zweige der Staats- tätigkeit, in denen die Ziele der Besatzung sich mit hervorragender Deutlichkeit abzeichnen.**

Niemals zuvor in der Geschichte militärischer Besetzungen hatten Besatzungsmächte so weitreichende Befugnisse an sich genommen wie in Deutschland seit 1945. Die Okkupation war die Folgeerscheinung eines totalen Krieges und notwendig von dessen Auswirkungen ausgestaltet<sup>1</sup>. In der Totalität einer erstrebten Umwälzung liegt der besondere Charakter der Besetzung begründet. In früherer Zeit entfaltete eine Besatzungsmacht ein betont konservierendes, interimistisches, transitorisches Wirken, das sich umgestaltender Eingriffe enthielt<sup>2</sup>. Der totale Krieg und der totale Zusammenbruch bedingten eine an Totalität grenzende Fülle der Besatzungsbefugnisse, schon um das Vakuum der ersten Zeit auszufüllen. Darüber hinaus nahm die Besatzung bewußt und planmäßig eine Neuformung nach vorgefaßten Zielen in Angriff.

Die zunehmende Tendenz im Umfang der Besatzungsaufgaben, die in der einmaligen Situation des Jahres 1945 in Deutschland in einer neuartigen Zielsetzung sichtbar wurde, bahnte sich schon seit längerem durch die Strukturentwicklung der modernen Staaten an. Neben dem staatlichen Apparat hatten sich andere Träger sozialer Macht herausgebildet<sup>3</sup>, nach deren Kontrolle der besetzende Staat selbst dann trachten müßte, wenn der Umfang seiner Ziele sich im Rahmen der „klassischen“ Besetzung hielt. Anzeichen einer Fortbildung des Besatzungsrechts in dieser Richtung stellte schon Fraenkel<sup>4</sup> für die Rheinlandbesetzung fest, wo sich erstmalig auch die Beaufsichtigung des wirtschaftlichen und sozialen Lebens als unumgänglich erwiesen habe.

Dem Wirken der Besatzungsmächte in Deutschland lag eine Gesamtkonzeption von theoretischer Geschlossenheit zugrunde<sup>5</sup>. Im Mittelpunkt stand das Problem einer Neuverteilung sozialer Macht in allen Bereichen des öffentlichen Lebens. Diese vollkommene und planmäßige Umwälzung sollte die Voraussetzung sein zur Demokratisierung als dem obersten Besatzungsziel. Nach Auffassung der Besatzung sollten vier Gruppen von Trägern „autoritärer Macht“ ausgeschaltet werden:

1) Virally S. 15.

2) Art. 43 HLKO (RGBl. 1910/132 ff.) ist Ausdruck dieses Grundsatzes: „Nachdem die gesetzmäßige Gewalt tatsächlich in die Hände des Besetzenden übergegangen ist, hat dieser alle von ihm abhängigen Vorkehrungen zu treffen, um nach Möglichkeit die öffentliche Ordnung und das öffentliche Leben wieder herzustellen, und zwar, soweit kein zwingendes Hindernis besteht, unter Beachtung der Landesgesetze.“

3) Kaskel, Koalitionen und Koalitionskampfmittel, (1925) S. 213: „Die Sachlage, daß organisierte wirtschaftl. Gruppen dem Staat gegenüber ihre Macht entfalten und auf ihn einzuwirken suchen, hat zur Herausbildung neuer rechtlicher Vorstellungen von dem Verhältnis zwischen Staat und Volk geführt. Während die Staatslehre des modernen Staates überwiegend dazu neigt, das Volk als die Gesamtheit einzelner anzusehen, . . . erscheinen hier ähnlich wie die mittelalterlichen Stände zwischen der Staatsgewalt und den einzelnen die organisierten Wirtschaftsgruppen mit dem Rechtsanspruch auf Anerkennung als selbständige Glieder des Staates.“

4) „Military Occupation and the Rule of Law“, S. 73.

5) C. J. Friedrich („The Annals . . .“ Vol. 257/120) kennzeichnet die Gesamtheit der Besatzungsziele als „die fünf D“: Demilitarisierung, Denazifizierung, Dezentralisierung, Deindustrialisierung, Demokratisierung.

1. Militaristen. Dem entsprach das Ziel der Entmilitarisierung.
2. Die Träger einer autoritären Verwaltungsbükratie und Exekutive. Dieses Ziel wurde insbesondere durch Neubelebung der Verwaltungsgerichtsbarkeit und Reformierung der Polizei verfolgt.
3. Nationalsozialisten. Die Reformierung der politisch führenden Schicht sollte die Entnazifizierung ermöglichen.
4. Konzerngebundene Unternehmer der Wirtschaft. Der Beseitigung und Verhütung von übermäßiger Zusammenballung wirtschaftlicher Macht sollte dieses Ziel dienen.

Wie die markantesten Besatzungsziele auf die deutsche Staats- und Wirtschaftsverfassung einwirkten, soll die anschließende Einzeluntersuchung in großen Umrissen zeigen. Dabei ergeben sich Ausblicke, wie weit Grundkonzeption und Durchführung sich decken konnten, wie weit Abweichungen notwendig wurden und in welchem Ausmaße verschiedene Ziele untereinander bei Verwirklichung in Konflikt gerieten.

Ehe die Besatzungsziele in den Zonen in Angriff genommen wurden, waren sie schon in großen Zügen in internationalen Abkommen formuliert, die als multilaterale Verträge mit unterschiedlicher Partnerzahl teils vor der Kapitulation und teils nachher abgeschlossen waren<sup>6</sup>. Insbesondere waren hier von Bedeutung einige nach der Kapitulation getroffene Abkommen, die nicht nur wie Teheran, Moskau und Jalta ein zukünftiges Programm entwarfen, sondern schon präzisierte Ziele und Richtlinien der Durchführung aufstellten:

1. Das Londoner Abkommen vom 1. 5. 1945.
2. Die Berliner Erklärungen vom 5. 6. 1945.
3. Das Abkommen von Potsdam vom 2. 8. 1945.

Während das Londoner Abkommen die Beziehungen der besetzenden Mächte untereinander und die ersten Besatzungsorgane regelte, befaßten sich die Erklärungen von Berlin und Potsdam mit den Beziehungen zwischen den Besatzungsmächten und dem deutschen Volk. In der Berliner Deklaration wurden die Übernahme der obersten Gewalt im ganzen erklärt und die Besatzungszonen festgelegt, in Potsdam die Maßnahmen und Ziele für die erste Besatzungszeit im einzelnen entworfen.

## **I. Ausschaltung bewaffneter Macht und militärischer Bewaffnung (Entmilitarisierung).**

Jedes Staatswesen bedarf eines bewaffneten Schutzes, solange dieser noch nicht von internationalen Organen wirksam übernommen werden kann. Bei jeder Besetzung im Anschluß an Kampfhandlungen ist die Ausschaltung der feindlichen Wehrmacht das erste Ziel des Okkupanten. Der besetzte Staat kann eine seiner wesentlichen Funktionen nicht mehr ausüben. Es kommt nicht wie in anderen Bereichen eine Befugnisteilung oder bloße Überwachung durch die besetzende Macht in Frage, sondern von jeher völlige Befugnisentziehung.

Die Funktion des Staatsschutzes rührt an den Kern des Machtproblems. Macht kann durch gleichgroße Macht in Schach gehalten oder durch größere Macht überwunden werden. Das erstere Prinzip, das des Gleichgewichts der Kräfte, wird zur Aufrechterhaltung eines Friedenszustandes verfolgt, das letztere, wenn der Frieden gebrochen ist und Konflikte kriegsrisch ausgetragen werden<sup>7</sup>.

Entmilitarisierung im Sinne von Übergabe der gegenwärtigen technischen Machtmittel an den besetzenden Staat gab es auch schon früher bei Beendigung von Kampfhandlungen. Im Falle der Besetzung Deutschlands seit 1945 waren die Ziele aber weiter gesteckt. Einmal sollte die Entwaffnung des besetzten Landes bis zur letzten Konsequenz durchgeführt werden. In der Ausgangslage der Besetzung waren die Besatzungsmächte der Ansicht, ein bewaffnetes Deutschland stelle eine

<sup>6</sup>) Übersicht bei Virally S. 31 und 46.

<sup>7</sup>) Über Entmachtung und Mächtegleichgewicht: Jessup, A Modern Law of Nations, S. 43.

ständige Gefahr für den Frieden und die Sicherheit der Welt dar. Es sollten deshalb Maßnahmen zur dauernden Entwaffnung eines Staates ergriffen werden, von dem man glaubte, seine Bekehrung zur Friedensliebe und Demokratie werde einer langen und strengen Überwachung und Erprobung bedürfen<sup>8</sup>.

Es sollten aber nicht nur die physischen Faktoren militärischer Macht, sondern weiter greifend auch die psychologischen Wurzeln einer politisch-militärischen Aggressionshaltung getroffen werden. Die Entmilitarisierung erstrebte so nicht allein die Brechung physischer Macht, sie setzte sich außerdem ein Erziehungsziel<sup>9</sup>. Militärisches Denken im weitesten Sinne sollte aus dem Gesichtskreis der Deutschen verbannt werden. Diese Zielsetzung war neuartig und drückte vielen Gebieten des öffentlichen Lebens in der Übergangszeit ihren Stempel auf. Die Entmilitarisierung als Besatzungsziel ging in folgende Richtungen:

- a) Auflösung der Wehrmacht, Vernichtung des Kriegsmaterials und seiner Produktionsstätten.
- b) Verbot militärischer Ausbildung, militaristischer Erziehung und militärähnlicher Organisationen.
- c) Verbot wissenschaftlicher Forschung im militärischen Bereich, verbunden mit einer Kontrolle der gesamten wissenschaftlichen Forschung<sup>10</sup>.

Wie sich diese Zielsetzung in die verschiedenen Lebensgebiete verzweigte, zeigt eine Übersicht über die hier besonders zahlreichen Rechtsquellen:

1. KR-Proklamation Nr. 2 (20. 9. 45), betr. zusätzliche an Deutschland gestellte Forderungen, später konkretisiert durch das KRG Nr. 34.
2. KRG Nr. 8 (30. 11. 45), Ausschaltung und Verbot der militärischen Ausbildung.
3. KRG Nr. 23 (10. 4. 46), Verbot militärischer Bauten in Deutschland.
4. KRG Nr. 25 (29. 4. 46), Regelung und Überwachung der wissenschaftlichen Forschung.
5. KRG Nr. 34 (20. 8. 46), Auflösung der Wehrmacht.
6. KRG Nr. 46 (25. 2. 47), Auflösung des Staates Preußen als „Träger des Militarismus und der Reaktion“.
7. KR-Befehl Nr. 1 (30. 8. 45), Uniformverbot für ehem. Wehrmachtsangehörige.
8. KR-Befehl Nr. 2 (7. 1. 46), Einziehung und Ablieferung von Waffen und Munition.
9. KR-Befehl Nr. 4 (13. 5. / 10. 8. 46), Einziehung von Literatur und Werken nationalsozialistischen und militaristischen Charakters.
10. KR-Direktive Nr. 18 (12. 11. 45), Entlassung und Auflösung der deutschen bewaffneten Kräfte.
11. KR-Direktive Nr. 22 (6. 12. 45), Zerstörung der Befestigungsanlagen.
12. KR-Direktive Nr. 23 (17. 12. 45), Beschränkung und Entmilitarisierung des Sportwesens in Deutschland.
13. KR-Direktive Nr. 30 (13. 5. 46), Beseitigung deutscher Denkmäler und Museen militärischen und nationalsozialistischen Charakters.
14. KR-Direktiven Nr. 37, 44 und 45 (26. 9. / 4. u. 9. 11. 46), Abgrenzung der Merkmale der belassenen Schiffe, Fischerei- und Sportboote.

Der Kontrollrat gab also eine reiche Anzahl von Vorschriften über Entmilitarisierung, die noch durch Anordnungen in den einzelnen Zonen ergänzt wurden. In dem KR-Befehl Nr. 4 wird ausdrücklich das Ziel genannt, „Ideen auszumerzen“,

<sup>8</sup>) Virally S. 3; Clay S. 317; Loewenstein S. 750. Darüber hinaus spielte die These von der permanenten Angreiferrolle Deutschlands in der ersten Zeit eine wesentliche Rolle. Eindrucksvolle Gegendarstellung bei Stolper S. 254 und Grewe in Zeitschr. f. d. ges. StaaWiss. Bd. 105 (1949) S. 201 ff.

<sup>9</sup>) Loewenstein S. 749.

<sup>10</sup>) Diese Überwachung sollte gleichermaßen auch der Kontrolle der Industrie dienen: vgl. „Bürgerrechte und Besatzungsmacht“, S. 23.

andere Verlautbarungen regelten entgegen der sonstigen Rahmenfunktion des Kontrollrats die Dinge bis in die kleinsten Einzelheiten<sup>11</sup>.

Aus allen diesen Anzeichen ergibt sich, welche Bedeutung man gerade dem Ziel der Entmilitarisierung beimaß. Es herrschte die Auffassung, daß bei etwa möglichen und vorauserkannten Wandlungen einzelner Besatzungsziele die Entmilitarisierung ein unwandelbarer Kernpunkt der Besatzungspolitik sein und bleiben müsse<sup>12</sup>. Das Ziel galt als das „unproblematischste“ von allen, so daß die Fülle der Normierungen sich außer der Wichtigkeit des Gegenstandes auch aus der Einmütigkeit des Kontrollrates in dieser Frage erklärte. Außerdem waren die reinen Verbotsvorschriften, mit denen man sich bei der Entmilitarisierung begnügen konnte, leichter zu erlassen als gestaltende Rechtsnormen, wie sie im Zuge der Neuordnung auf fast allen anderen Gebieten besatzungsrechtlicher Regelung erforderlich wurden.

Nach der ursprünglichen Konzeption sollten die Maßnahmen selbst dann nicht gelockert werden, wenn die Befriedigung in physischer und psychischer Hinsicht Fortschritte gemacht hatte. Entwaffnung Deutschlands und Sicherheit der Welt sollten gleichsam in einem Verhältnis direkter Proportionalität stehen, so daß die Entwaffnung nur in einem größtmöglichen Umfang erstrebt zu werden brauchte, um Sicherheit und Frieden für alle zu garantieren. Dieses Ziel sollte die empfindlichen Beschränkungen durch Entmilitarisierungsmaßnahmen auf allen Gebieten des deutschen öffentlichen Lebens rechtfertigen. Zur Erreichung der gesteckten Ziele nahm die Besatzung auch die schwierigen wirtschaftlichen<sup>13</sup> Auswirkungen in Kauf.

Bald aber wurde es zweifelhaft, ob der Ausnahmezustand, der sich aus einer gestörten Gleichgewichtslage entwickelt hatte, nicht zu einem neuen Gleichgewicht hin tendieren müsse. Eine Wendung in der Entmilitarisierung deutete Clay<sup>14</sup> an, als er schrieb: „Sicherheit gegen Deutschland ist in der Tat wichtig, aber nur in dem Ausmaß, in dem sie zur Weltsicherheit beiträgt.“ Jedoch kamen diese Erwägungen erst am Ende der Übergangszeit, wenig vorher konnte Friedrich<sup>15</sup> für die Lage innerhalb der Besatzungszonen die Entmilitarisierung den schon erfolgreich abgeschlossenen Besatzungszielen zuzählen. Es ließ sich damals noch nicht absehen, daß die Befriedigung über das Erreichte nicht von Dauer sein sollte, weder in politischer noch in wirtschaftlicher Hinsicht. Bildete eine weit aufgefaßte Entwaffnung der Industrie zuerst eine Gefahr für die wirtschaftliche Erholung Deutschlands, so sollten schon wenige Jahre später Kreise des ausländischen Handels in einer reinen Friedenswirtschaft ohne Rüstungslasten eine bedrohende Konkurrenz erblicken.

Bei aller Schärfe der Durchführung blieb während der Übergangszeit schon unklar, wie das Verhältnis der Entmilitarisierung zu anderen Besatzungszielen sein sollte und wie weit auch Defensivmaßnahmen für immer ausgeschlossen bleiben sollten. Mit dem Schlagwort „Militarismus“ wollte man Geist und Organisationsform der ehemaligen deutschen Wehrmacht und das Führerprinzip als Organisationsform der Gesellschaft in einem mißbilligenden Sinne treffen<sup>16</sup>. Als Militarismus sollte die übertriebene und mißbräuchliche Herrschaft des Militärs gelten<sup>17</sup>.

11) Z. B. waren die Maße von Sportbooten nach Metern genau vorgeschrieben. Weiter durfte der Sport (KR-Dir. Nr. 23) nur dezentralisiert betrieben werden und in Vereinen, Schulen und Fabriken nur der „Hygiene und Erholung“ dienen, nicht zu „athletischen Übungen militärischen Charakters“ führen.

12) C. J. Friedrich, „The Annals . . .“, Vol. 257 (Mai 1948) S. 120; „Occupation“, Forword, S. III.

13) So wird im Hoover-Bericht (Wiedergabe bei Stolper, Anlage E) darauf hingewiesen, daß heute fast jede Industrie der Erde „Kriegspotential“ sei. Statt eines Verbotes sei nur die Überwachung im Sinne einer Verwendungskontrolle haltbar.

14) Clay, Introduction XIII, weiter S. 342.

15) „The Annals . . .“, Vol. 257 (Mai 1948) S. 124.

16) Dazu Wilhelm Krelle, Militarismus, in: Zeitschr. f. d. ges. StaaWiss., 1951/698—714.

17) Vgl. den Aufsatz (ohne Verfasserangabe) in „Die Neue Zeitung“ v. 4. 11. 51 „Die Vereinigten Staaten und der deutsche Beitrag zur europäischen Sicherheit“.

Jedoch hatte es in der ersten Besetzungszeit den Anschein, daß mit dem obersten Ziel einer Demokratisierung alle Zurüstungen des besetzten Landes unvereinbar sein sollten, die Gewaltanwendung nach außen vorsahen, gleichgültig ob zu Angriffszwecken oder zur Verteidigung. In diese Richtung deuten auch Einzelbestimmungen der unter Besatzungsaufsicht entstandenen Länderverfassungen<sup>18</sup>. Diese basieren auf dem rechtsstaatlichen Prinzip, dessen Anliegen es auch ist, die innere Sicherheit zu garantieren. Es mochte zweifelhaft erscheinen, ob ein Staat diese Funktion auf die Dauer ohne Garantien einer äußeren Sicherheit erfüllen kann<sup>19</sup>.

Da der Kurs der vollständigen Entmilitarisierung während der Übergangszeit andauerte, konnten damals noch keine Zweifel aufkommen, in welchem Umfang und für welche Fälle dem besetzten Lande die Wehrfunktion versagt sein sollte.

## II. Maßnahmen gegen den Nationalsozialismus (Entnazifizierung)<sup>20</sup>.

Das Besatzungsziel einer politischen Reinigung und Bereinigung wurde als Erfordernis und Vorstufe der Demokratisierung angesehen und ging inhaltlich in verschiedene Richtungen. Einmal zielte es ab auf Auflösung der NS-Partei, der ihr angeschlossenen und der von ihr überwachten Organisationen sowie auf Verhinderung ihrer Wiedererrichtung. Andererseits richteten sich die Maßnahmen nicht nur gegen die Institutionen des überwundenen totalitären Staates. In der Militärregierung – besonders der US-Zone – war die Erwägung maßgebend, daß eine „Umbildung der Formen ohne Umbildung der Menschen nicht genügen könne.“<sup>21</sup>

Deshalb setzte sich die Entnazifizierung eine gesellschaftliche Umwälzung zum Ziel, die mit einer Reinigung der führenden Stellen von Nationalsozialisten und anderen autoritären Elementen durchgeführt werden und die Übertragung der Macht auf prodemokratische Gruppen und Personen bringen sollte, eine „Ablösung der Elite“, eine „Revolution durch Dekret“. Alle Bezirke des sozialen Lebens einschließlich Wirtschaft, Wissenschaft und Kunst sollten von NS-Einfluß in jeder Form gereinigt und für die Zukunft freigehalten werden<sup>22</sup>. Aus einer solchen Zielsetzung mußten sich vielfältige Berührungsfelder zum öffentlichen Recht des besetzten Deutschland ergeben. Nicht nur Beamte und Bedienstete der öffentlichen Verwaltungen waren durch derartige Maßnahmen betroffen, sondern auch die neu aufzubauenden Organe des besetzten Landes, die ihre demokratische Legitimität vorerst nur aus einem nach Besatzungsanordnungen abgegrenzten Bevölkerungskreis herleiten konnten<sup>23</sup>, dem das aktive Wahlrecht zuerkannt war. Aber auch für jeden einzelnen Bürger gleich welchen Berufes konnte sich die Entnazifizierung als eine Suspendierung von Grundrechten auswirken.

Grundsätzliche Säuberungsmaßnahmen der besetzenden Mächte waren schon auf den Konferenzen von Jalta und Potsdam vereinbart. Diese sollten die bedrohliche Erscheinungsform eines aggressiven Totalitarismus in Deutschland treffen, der auch als geistige Strömung eines neuartigen Nihilismus mit Vergangenen unvergleichbar war und bis in die Grundlagen auf keinerlei Toleranz rechnen konnte<sup>24</sup>. Den Vereinbarungen zwischen den Mächten folgte die Kontrollrat-Direktive Nr. 24 vom 12. 1. 46 („Entfernung von Nationalsozialisten und Personen, die den Bestre-

18) Hess. Verfassung Art. 69: „Der Krieg ist geächtet.“

19) Vgl. Klein, Bonner Grundgesetz und Rechtsstaat, in: Zeitschr. f. d. ges. StaaWiss. Bd. 106 (1950) S. 410.

20) Aus der Literatur insbesondere: Clay S. 260; Kaufmann S. 34 ff.; Napoli S. 115–123; Griffith S. 68–76; Sträter, Denazification, „The Annals“ . . ., Vol. 260 (Nov. 1948) S. 43–52; Kogon, „Das Recht auf den politischen Irrtum“, Frankfurter Hefte, 1947/641–664; Knappstein, „Die versäumte Revolution“, Die Wandlung, 1947/663–677.

21) Nobleman, S. 96.

22) Loewenstein S. 750.

23) Insoweit mißverständlich daher BVerfGE 4/74 (89), wo das Gericht meint, eine bessere demokratische Legitimation als die tatsächliche Anerkennung der Bevölkerung habe es in der ersten Zeit des „formfreien“ Behördenhandelns nicht geben können.

24) Dazu in historischer Vergleichung: Grewe, Macht und Recht im Völkerleben, Zeitschr. f. d. ges. StaaWiss. Bd. 105 (1949), 201 f.

bungen der Alliierten feindlich gegenüber stehen, aus Ämtern und verantwortlichen Stellungen"). Sie setzte weitere Grundsätze fest und beschränkte sich dabei auf nicht nur nominelle Parteiangehörige. Ungeachtet solcher Grundsätze verlief die Entwicklung in den einzelnen Zonen verschieden. Nur in der US-Zone wurde die Entnazifizierung von vornherein scharf und zugleich planmäßig gehandhabt<sup>25</sup>, so daß die dortige Entwicklung der Betrachtung zugrunde gelegt werden soll.

Die erste US-Direktive nach der Besetzung – JCS 1067/6 – vom 26. 4. 45 enthielt in Ziffer 6<sup>26</sup> Grundsätze der Entnazifizierung und die Ankündigung einer sie ausgestaltenden Gesetzgebung. Nach ihrer Ergänzung am 7. 7. und 15. 8. 1945 erfuhr die Entnazifizierungsbestimmungen eine weitere Verschärfung und erlangten am 26. 9. 45 durch das USMRG Nr. 8 (Verbot der Beschäftigung von Mitgliedern der NSDAP in geschäftlichen Unternehmen und für andere Zwecke mit Ausnahme der Beschäftigung als gewöhnliche Arbeiter) auf einem Teilgebiet Gesetzesform. Ein Verfahren für die Aburteilung der Betroffenen war aber noch nicht entwickelt. Ende 1945 sollte ein bei der US-Militärregierung errichtetes Amt für Entnazifizierungspolitik eine dauerhafte Lösung ausarbeiten, die bis dahin im Wechsel von milderem und schärferem Kurs noch nicht gefunden war. Dessen Bericht schlug vor, die für Verbrechen und Ungerechtigkeiten Verantwortlichen zu bestrafen, zur Umformung der führenden Schicht die leitenden Persönlichkeiten in Politik und Wirtschaft zu entfernen, darüber hinaus aber zur Vermeidung sozialer Unruhen von dauernden Entlassungen in weitem Umfang abzusehen. Für das Verfahren wurde das Categoriesystem und die vom Betroffenen zu entkräftende Schuldvermutung vorgeschlagen sowie eine aktive deutsche Beteiligung durch Laiengerichte empfohlen.

Inzwischen hatte sich gezeigt, daß eine allzuweite Erstreckung der Säuberung das deutsche wirtschaftliche Leben lahmlegen und die Aufbau- und Ordnungsaufgaben der Besatzungsmacht erschweren würde<sup>27</sup>. Trotzdem erging um diese Zeit die im Vergleich zu dem genannten Bericht schärferen Grundsätzen folgende KR-Direktive Nr. 24, während die Deutschen bei eventueller Übernahme der Verfahren nur nach justizförmigen Gesichtspunkten und unter Ausschluß nomineller Parteimitglieder aburteilen wollten.

Schließlich kam für die Länder der US-Zone gleichlautend als Länderratsgesetz unter der Initiative der Militärregierung das „Gesetz zur Befreiung von Nationalsozialismus und Militarismus“ vom 5. 3. 1946 zustande. Ungeachtet der vorangegangenen Vorschläge, die den Kreis der Betroffenen möglichst einschränken wollten, bezog das Gesetz alle einschließlich der nominellen Parteimitglieder ein (Art. 18, Mitläufer). Trotz der förmlichen Kategorieeinteilung und der Schuldvermutung des Art. 34 wurden die deutschen Spruchkammern als mit richterlicher Unabhängigkeit ausgestattet angesehen<sup>28</sup> und konnten nach freier Würdigung einstufen. Die Militärregierung behielt sich jedoch die Kassation vor. Nach Inkrafttreten der Länderverfassungen Ende 1946 war diese Überwachung reformbedürftig, da Eingriffe mit politischen Mitteln jetzt ausgeschlossen waren. Deshalb wurde nun ein System rechtsförmiger Überwachung entwickelt<sup>29</sup>.

Für die verschiedenen Kategorien der Betroffenen waren einschneidende Sühnemaßnahmen vorgesehen, für die nach ausdrücklicher Gesetzesvorschrift (Art. 22 II)

25) Napoll, S. 122.

26) Die Direktive war nur Dienstanweisung, keine Rechtsnorm. Sie übte aber in ihrem unversöhnlichen Grundton und beeinflusst vom Morgenthau-Plan in der ersten Phase der Besetzung großen Einfluß aus: vgl. Griffith S. 69; Stolper S. 34; Guradze S. 190; Foinsod b. Friedrich, „American Experiences . . .“ S. 41 und Dale Clark bei Friedrich: „Conflicts in Planning at Staff Headquarters“.

27) 28 Prozent der Bevölkerung über 18 Jahre waren in der US-Zone durch Entnazifizierung von ihrer Arbeitsstelle entlassen (Sträter S. 46).

28) BGH in NJW 53/1298.

29) MR-Regulations V. 22. 11. 46; Griffith S. 71. Dabei zeichnete sich das allgemeine Problem ab, wie mit fortschreitender Demokratisierung das Besatzungsziel der Entnazifizierung in seiner voraussetzungslosen Schärfe zu vereinbaren war.

trotz der strafähnlichen Wirkung im Verhältnis zu Kriminalstrafen der Grundsatz „ne bis in idem“ nicht galt. Gegen Betroffene der Gruppen I und II waren, teils obligatorisch, teils fakultativ folgende Beschränkungen ihrer Rechte möglich:

1. Einweisung in ein Arbeitslager.
2. Vermögenseinziehung.
3. Unfähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter.
4. Verlust der Rechtsansprüche auf eine aus öffentlichen Mitteln zahlbare Pension oder Rente.
5. Verlust des Wahlrechts, der Wählbarkeit und des Rechts, sich irgendwie politisch zu betätigen und einer politischen Partei als Mitglied anzugehören.
6. Beschäftigung in nicht selbständiger Stellung nur in gewöhnlicher Arbeit.
7. Wohnungs- und Aufenthaltsbeschränkung, Verlust von Approbationen und Konzessionen sowie Entzug der Befugnis zum Halten eines Kraftwagens.

Damit hatten diese Kategorien keine staatsbürgerlichen Rechte und waren in ihren Grundrechten<sup>30</sup> empfindlich eingeschränkt. Die zu Arbeitslager Verurteilten waren nach den Anweisungen der Militärregierung sofort zu verhaften, ohne Rücksicht auf ein Berufungsverfahren<sup>31</sup>.

Für die Belasteten der Gruppen III und IV, die die Masse der Fälle bildeten, waren entsprechend mildere Maßnahmen vorgesehen. Sie wurden nach geringfügigen Beschränkungen oder Abgaben wieder Bürger mit vollen Rechten.

Wegen des weiten Umfangs der Fälle und offenkundiger Ungerechtigkeiten des Verfahrens der starren Kategorien erwies sich auch das Gesetz vom 5. 3. 46 bald als abänderungsbedürftig, wenn nicht das Verfahren der Säuberung im ganzen scheitern sollte. Der rechtsstaatlich nicht vertretbaren Schuldvermutung<sup>32</sup> war zwar von der Militärregierung die positive Funktion zugeschrieben worden<sup>33</sup>, jeder Betroffene könne sich durch eigene Initiative selbst rehabilitieren, in der praktischen Wirkung führte sie aber zu ausschließlicher Befassung der Kammern mit kleinen Fällen, während die schwerer Belasteten in der Hoffnung auf Milderungen ihre Verfahren hinauszögerten. Gegen den Widerstand des Entnazifizierungsstabes der Militärregierung und seiner Special-Branch-Länderabteilungen, die sich von vornherein für eine personell begrenzte, aber scharfe Entnazifizierung mit Sühnemaßnahmen auf Dauer ausgesprochen hatten<sup>34</sup>, hielt General Clay im Hinblick auf mögliche Viermächtevereinbarungen an dem Gesetz fest und wollte durch Amnestien abhelfen. Bei der bisherigen weiten Erstreckung hätte die Entnazifizierung 30 Jahre Zeit beansprucht und drohte in den Effekt abzugleiten, daß „die Mitläufer der Partei zur Partei der Mitläufer“ wurden, wenn das Solidaritätsgefühl der Masse der „kleinen“ Betroffenen sich zu einem politischen Faktor auswirkte.

So ergingen am 24. 8. 46 die Jugendamnestie für nach dem 1. 1. 1919 geborene Personen, die Weihnachtsamnestie mit DVO vom 5. 2. 47 für nur nominell Belastete und später die Heimkehreramnestie vom 15. 4. 48 für zurückkehrende Kriegsgefangene. Damit waren über zwei Millionen Fälle ausgeschaltet und dem Besatzungsziel der Säuberung eine neue, nicht ganz konsequente Richtung gegeben. Die Wendung wurde in Kauf genommen in der sich anbahnenden Erkenntnis, daß die Entnazifizierung der Demokratisierung und dem wirtschaftlichen Aufbau nur zeitlich vorgeschaltet sein, nicht aber mit diesen Besatzungszielen längere Zeit Hand in Hand gehen konnte. Die der Durchführung günstigste Zeit war verstrichen, aber eine übergroße Anzahl unerledigter Verfahren stand noch an.

30) Die Länderverfassungen der US-Zone schränkten den Geltungsbereich der Grundrechte insoweit ausdrücklich ein, vgl. Bayern Art. 184, Hessen Art. 158, zur Gültigkeit LG Gießen in JZ 52/311.

31) Diese gesetzlich nicht vorgesehene Praxis wurde mit Recht als ein unzulässiger Eingriff in die persönliche Freiheit angesehen, vgl. Griffith S. 72 Note 18).

32) Zu der ähnlichen Vermutung des Rückerstattungsgesetzes: Weiß in DRZ 50/558.

33) Clay S. 261.

34) Griffith S. 68, 72.

Dieses Ergebnis erklärte sich aus der Inkongruenz von Ziel und Durchführungsmitteln. Der schlagartige Effekt einer Revolution konnte schwerlich mit der bürokratischen Langsamkeit einer Unzahl von Einzelverfahren voll erreicht werden<sup>35</sup>.

Trotz nochmaliger Lockerung des Gesetzes am 7. 10. 47<sup>36</sup> vollzog sich ein Umschwung in der öffentlichen Meinung in den Vereinigten Staaten von Amerika zur Frage der Entnazifizierung, die man bei Fortdauer für ein Hindernis der wirtschaftlichen Erholung der Besatzungszone ansah. Der Bewilligungsausschuß des US-Kongresses machte weitere Mittel für die Besatzungsarmee davon abhängig, daß die Entnazifizierung eingeschränkt würde<sup>37</sup>. General Clay gelang es, wenigstens die schwersten Fälle für eine Verfahrensdurchführung zurückzuhalten, alle übrigen Betroffenen sollten mit Hilfe des von den Ländern erlassenen 2. Änderungsgesetzes<sup>38</sup> zu Minderbelasteten oder Mitläufern erklärt werden.

Es war bezeichnend für die Wandlung dieses Besatzungsziels, daß einige Monate später die deutschen Entnazifizierungsfachleute sich dem Bestreben der US-Militärregierung entgegenstellten, das Programm ganz abzuschließen, wodurch gerade die schwersten Fälle dem Gesetz entzogen gewesen wären. Infolge der Kursänderung der Besatzungsmacht und der Entnazifizierungsmüdigkeit bei den Deutschen, denen die Befugnisse inzwischen vollends übertragen worden waren, ging die Bedeutung der Entnazifizierung im öffentlichen Leben der US-Zone seit Herbst 1948 mehr und mehr zurück.

Dieser Bedeutungswandel änderte aber nichts daran, daß die politische Säuberung als Besatzungsziel jahrelang an vorderster Stelle gestanden und tiefgreifende Änderungen in der politischen, wirtschaftlichen und sozialen Struktur des besetzten Landes ausgelöst hatte. Die anfängliche Notwendigkeit von irgendwie gearteten Maßnahmen politischer Säuberung war kaum in Zweifel zu ziehen<sup>39</sup> und sah die Besetzung in einer Rolle, wie sie noch nie zuvor einer okkupierenden Macht zugefallen war. Ein nur provisorisches Wirken konnte darin nicht mehr erblickt werden<sup>40</sup>.

Für eine Anfangszeit war der Ausschluß einzelner Personengruppen von der politischen Willensbildung mit den demokratischen Zielen vereinbar und erforderlich. Die Unterdrückung antikonstitutioneller Elemente war die Voraussetzung zur Entwicklung konstitutioneller Zustände<sup>41</sup>. Die politische Säuberung sollte der Demokratie den Boden bereiten und autoritäre politische Elemente vom Einfluß im staatlichen Leben während der ersten Periode staatlicher Neuformung ausschalten<sup>42</sup>. Es ist dies derselbe Gedanke, der im späteren Grundgesetz die Verwirkung von Grundrechten im Sinne zeitweiligen Nicht-Ausüben-Könnens geltendes Recht werden ließ<sup>43</sup>. Problematischer war schon, wie lange dieser Ausschluß dauern, welche Personenkreise er erfassen und von welchen Sühnemaßnahmen er begleitet sein sollte. Von diesen Fragen hing es ab, daß das abschließende Urteil über die Entnazifizierung in der öffentlichen Meinung in Deutschland und in den Heimatstaaten der Besatzungsmächte so uneinheitlich blieb.

So war es sehr zu bezweifeln, ob wegen einer politischen Gesinnung, die nicht gerade zu strafbaren Handlungen geführt hatte, neben dem Ausschluß vom poli-

35) Mit Recht zweifelnd Lewald, Grundlagen der Rechtsordnung Deutschlands, ähnlich Stolper S. 78.

36) Wonach nur nominell Belastete beschleunigt als Mitläufer eingestuft werden konnten.

37) Griffith S. 73.

38) Vom 9. 4. 48 (Hess. GVBl. S. 49).

39) Vgl. für den Teilbereich der Universitäten die Ausführungen von Karl Jaspers „Volk und Universität“ in: Die Wandlung, 1947 S. 54 (61).

40) Mit welcher Definition die Vertreter einer konservativen Auffassung des Besatzungsrechts Wesen und Schranken jeder Besatzung auf die HLKO von 1899 und 1907 zurückführen wollen: vgl. Stödter S. 121; Schlochauer DRZ 47/119; auch H. Schmid S. 7, 8, 12.

41) C. J. Friedrich, Military Government and Dictatorship, S. 7; Clay S. 98, 99; zu diesem positiven Ergebnis kommt auch Jellinek, DRZ 47/8.

42) Napoli S. 121; Clay S. 261.

43) Art. 18 GG, dazu Dürig in JZ 53/513 ff. u. in der Zeitschr. f. d. ges. StaaWiss. Bd. 109 (1953) S. 340.

tischen Wirken noch Sühnemaßnahmen verhängt werden sollten. Die Gesinnung mochte nicht in allen Fällen eine freiwillige gewesen sein, was den Beitritt zu Organisationen anging. Die Besatzungsmacht hatte keine genügende Vorstellung von Wesen und Methoden eines übermächtigen Totalitarismus und würdigte andererseits auch nicht den Hang der deutschen Bürger zu passivem und kritiklosem Verhalten gegenüber der jeweiligen Regierung<sup>44</sup>. Insoweit konnten Sühnemaßnahmen für die nominelle Belastung, die in einer Mitgliedschaft gesehen wurde, bedenklich erscheinen. Weiter mußten diejenigen die Entnazifizierung als „vollkommenen Fehlschlag“ ansehen<sup>45</sup>, die größere Personenkreise wegen formeller Belastung für dauernd von der politischen Willensbildung und beruflicher Betätigung ausgeschlossen wissen wollten. Das negative Urteil gipfelt auch öfters in dem Satz, die politische Säuberung sei zu breit angelegt gewesen und hätte dann verspätet und in einer dem Ansehen des ursprünglichen Ziels schädlichen Weise korrigiert werden müssen<sup>46</sup>.

Die Maßnahmen der Entnazifizierung konnten sinnvoll nur eine vorübergehende Ausschlußwirkung haben, ohne ganze Personengruppen für immer zu Bürgern minderen Rechts zu machen. Auch in dieser Beschränkung auf einen Zeitraum von einigen Jahren blieben die Entnazifizierungsbestimmungen für die Betroffenen äußerst einschneidende Maßnahmen, mit denen die Besatzungspolitik neue Grundlagen legte und über Provisorien weit hinausging. Die neuartige Besatzungslage beim Zusammenbruch des deutschen Staates erforderte neuartige Besatzungsmaßnahmen, die nicht schon deshalb unzulässig sind, weil sie noch nie zuvor das Ziel einer Besatzungsmacht waren. Allerdings war dabei ein schwieriger Kurs<sup>47</sup> zu steuern, um die Überschneidung mit rechtsstaatlichen Zielen nicht zum Dauerzustand werden zu lassen und diese damit unerreichbar zu machen. Die demokratische Selbstbestimmung sollte durch den zeitweiligen partiellen Ausschluß demokratischer Freiheiten ermöglicht, sie konnte aber durch eine Überdosierung von Ausschlußwirkungen mit Ausnahmetendenz auch gefährdet werden<sup>48</sup>.

So konnte die Entnazifizierung nicht einen fertigen Zustand, sondern nur die Ausgangsgrundlagen für eigene deutsche Bemühungen schaffen<sup>49</sup>. Denn nur die demokratische Entfaltung bedeutet positive Befreiung<sup>50</sup>. In dieser Sicht der Erreichung des Möglichen hatte die Entnazifizierung bei allen Anzeichen von Unzulänglichkeiten im einzelnen die ihr gestellte Aufgabe erfüllen können, für eine Übergangszeit staatlicher Neuformung die Exponenten des überwundenen totalitären Systems von entscheidendem Einfluß fernzuhalten und eine neue Staatsordnung zu entwickeln, die die Grundlage für ein demokratisches Staatswesen abgeben konnte. Die spätere höchstrichterliche Rechtsprechung der Bundesrepublik erkannte die politische Säuberung dem Grundsatz nach als notwendiges Durchgangsstadium des Wiederaufbaus an<sup>50</sup>.

44) Sträter S. 48 unter Zitierung von Gollancz: „Bestrafung für eine Meinung ist eine totalitäre Methode.“

45) Napoli S. 121 (der Autor gehörte als Berater der Militärregierung in Bremen zu den Kurs von OMGUS nicht billigenden Fachleuten, ähnlich Griffith S. 74–76). Ein Fehlschlag will auch Sträter, S. 43, feststellen.

46) Besonders schwierig bei den Meinungsverschiedenheiten innerhalb der Mil.Reg. selbst, der Unzulänglichkeit vieler ihrer Beamten (Napoli S. 118) und in der zeitbedrängten Phase zwischen militärisch bestimmter Ausgangslage und parlamentarischer deutscher Eigenentwicklung.

47) Nicht jede oppositionelle Haltung durfte entmutigt werden. Zum „Recht auf politische Opposition“: Jessup S. 98 u. Friedrich, *The New Belief in the Common Man*, 1945, S. 151.

48) Vgl. Klein, SJZ 1949/737.

49) Kogon S. 655.

50) BGH in BGHZ 10/55 = NJW 53/1298: Die Spruchkammern der US-Zone als „Gerichte“ im Sinne des § 839 II BGB, die den verfahrensrechtl. Mindestanforderungen eines gerichtlichen Verfahrens genügten. BVerfG in JZ 52/30: Die Rechtsvorschriften der politischen Befreiung als an Grundrechtsartikel nicht gebunden, einschränkend (für Art. 103 III GG) BGH (Gr. Strafsenat) in NJW 54/609.

### III. Eingriffe in die Wirtschaftsverfassung.

#### 1) Gewerbe- und Berufsfreiheit.

Auf dem Gebiet der Wirtschaftsverfassung erstrebte die Militärregierung, besonders in der US-Zone, die größtmögliche Freiheit des einzelnen zu wirtschaftlicher Betätigung. Gewerbeausübung und Berufswahl sollten fortan nicht unnötig beschränkt werden und nicht wie in der Nachkriegsgesetzgebung der Länder durchgängig staatlicher Reglementierung und Konzessionierung unterliegen. Auch die Zwangsgliedschaft zu Berufsverbänden und deren öffentlich-rechtliche Aufsichtsbefugnisse sollten aufhören. Die Maßnahmen waren wirtschaftspolitischer Natur<sup>51</sup> und sollten zugleich der Konkretisierung individueller Freiheitsrechte dienen.

In der deutschen Entwicklung hatte nach den ersten Ansätzen in der Zeit des Freiherrn vom Stein (1810) eine überwiegende Gewerbefreiheit mit einzelnen Konzessionsvorbehalten seit der Gewerbeordnung von 1869<sup>52</sup> bestanden. Nach 1933 bildete sich ein verstärktes System der Konzessionen heraus. So ergingen Schutzgesetze für den Handel, im Handwerk wurde 1935 der sogenannte „Große Befähigungsnachweis“ eingeführt. Die als theoretisches Prinzip fortbestehende Gewerbefreiheit sollte nur der haben, der nach Meinung des Staates in der Lage war, sie ohne Schaden für die Gesamtheit auszuüben<sup>53</sup>. Danach wurde die Entscheidung über die Betätigung des einzelnen von persönlicher Zuverlässigkeit, fachlicher Eignung und öffentlichem Bedürfnis abhängig gemacht. Eine ungeheure Machtfülle war zusätzlich in die Hände des Staates oder von ihm abhängiger öffentlicher Verbände gelegt. In der Notzeit nach dem Zusammenbruch setzten sich diese Tendenzen einer an Totalität heranreichenden staatlichen Bevormundung in deutschen Landesgesetzen fort<sup>54</sup>.

Um die Entwicklung in die nach ihrer Ansicht allein rechtsstaatliche Richtung zu lenken, gab die US-Besatzungsmacht den Ländern ihrer Zone Richtlinien für die Gewerbefreiheit<sup>55</sup>. Die Direktive vom 29. 11. 48 ersuchte die Direktoren der Länder-Militärregierungen, die Landesregierungen zur Herstellung eines Rechtszustandes anzuweisen, der die Entwicklung einer freien demokratischen Wirtschaft gestatte<sup>56</sup>.

Die Macht, über das wirtschaftliche Schicksal und die Betätigung des Bürgers zu bestimmen, sollte nicht an staatlicher Stelle konzentriert bleiben, sondern dadurch aufgelöst werden, daß der freie Wettbewerb der Kräfte über das Schicksal wirtschaftlicher Unternehmungen entschied. Es sollte der Versuch gemacht werden, mit Mitteln des Besatzungsrechts die „starken Traditionen in Deutschland zu liberalisieren“. Die Besatzung sah diese Traditionen als ein reaktionäres Zusammenwirken „mittelalterlicher Institutionen“ mit Elementen der nationalsozialistischen Zwangswirtschaft an<sup>57</sup>.

Die Gewerbefreiheit sollte hergestellt werden, soweit nicht Volksgesundheit, öffentliche Sicherheit und Wohlfahrt einen Genehmigungszwang erforderten. Die Länder kamen daraufhin den Weisungen in verschiedener Form nach<sup>58</sup>, die weitere Durchsetzung der alliierten Ziele geschah dann also in der Form deutscher

51) Freier Wettbewerb, Arbeitsbeschaffung, Eingliederung der Vertriebenen.

52) § 105 GewO enthielt den Grundsatz der Gewerbefreiheit. Einen geschichtlichen Rückblick für die frühere Zeit gibt die Abhandlung von Kraft in: Zeitschr. f. d. ges. Staa.-Wiss. Bd. 106 (1950) S. 54–66.

53) Nipperdey, DRZ 50/195.

54) Z. B. Hessisches Gewerbebelizenzierungsgesetz, GVBl. 47/38; Württ.-Bad. Gewerbezulassungsgesetz, RegBl. 46/329.

55) OMGUS Direktiven vom 29. 11. 48 und 18. 3. 49 mit den dazu ergangenen Befehlen der Länder-Militär-Regierungen, vgl. Clay S. 329.

56) Die darauf in Hessen ergangene Anweisung vom 3. 2. 1949 erklärte kurzerhand alle mit diesem Ziel in Widerspruch stehenden Bestimmungen deutscher Gesetze aller Geltungsstufen für suspendiert.

57) Landeskommissar Gross (Württ.-Baden) in „Die Neue Zeitung“ vom 2. 9. 50 und Glöckner, „Gewerbefreiheit in Gefahr“, in derselben Zeitung am 6. 11. 1951.

58) v. d. Heide, DV 1949/254.

Rechtsvorschriften<sup>58</sup>. Allerdings herrschte dabei Unklarheit, ob dieses neue deutsche Gewerberecht konstitutiver oder deklaratorischer Natur war. Wenn auch die OMGUS-Direktive mit den dazu ergangenen Befehlen sich an verschiedenen Stellen nur an den Gesetzgeber richtet, so sollte sie nach ihrem Gesamthalt doch unmittelbar auf das Gewerberecht einwirken und selbst die Gewerbefreiheit herstellen<sup>60</sup>. Die Direktive ist ein Beispiel für Besatzungsnormen, die den Unterschied von Legislative und Exekutive verwischen<sup>61</sup>.

Im einzelnen blieb anfänglich auch streitig, für welche Berufsgruppen in wirklichem öffentlichen Interesse beschränkende Regelungen aufrecht zu erhalten seien<sup>62</sup>. Durch die schlagartige kategorische Einführung einer weiten Gewerbefreiheit<sup>63</sup> entstand notwendigerweise eine vorübergehende Rechtsunsicherheit in der Verwaltung.

Die neue Auffassung der Gewerbefreiheit beeinflusste sogar den deutschen Rechtszustand, wie er vor 1933 bestanden hatte. So trat an die Stelle der Bedürfnisprüfung nach dem Gaststättengesetz eine begrenzte Sicherheitsprüfung<sup>64</sup> und als Folge das erkennbare Bestreben der Verwaltungsgerichte, den Bedürfnisbegriff nicht mehr als reine Ermessensfrage aufzufassen<sup>65</sup>. Jedenfalls war hier ein Punkt, wo die Besatzungspolitik sogar zu veränderter Auslegung von Gesetzen aus der Zeit vor 1933 führte.

Die Freiheit der Berufsausübung wurde in der US-Zone auch bei den sogenannten freien Berufen (Ärzte, Rechtsanwälte) in einem neuen Sinne erstrebt, wo bisher öffentlich-rechtliche Körperschaften mit Mitgliedszwang Aufsicht und Ehrergerichtsbarkeit ausgeübt hatten. Die amerikanische Auffassung ging dahin, die Zwangsmitgliedschaft zu einer Berufsorganisation sei mit dem Wesen der Demokratie unvereinbar<sup>66</sup>.

Die unmittelbare Durchsetzung einer weitgreifenden Gewerbefreiheit stellte einen Eingriff in das deutsche öffentliche Recht dar, der auf keinen Fall mehr in eine provisorische Besatzungsverwaltung alten Stils eingeordnet werden konnte. In Kreisen der deutschen Wirtschaft, insbesondere des Handwerks, wurden die Neuerungen teilweise ablehnend aufgenommen. Man befürchtete ein Absinken der Qualität und damit im Endergebnis eine Schädigung der Kunden, weiter eine Übersetzung einzelner Gewerbebezüge. Damit glaubte man eine neue Tendenz zur Kartellierung (gegen Schleuderpreise) begünstigt, die dem Besatzungsziel der Dekartellisierung entgegenwirken könnte. Es konnte aber nicht Sache staatlicher Gesetzgebung und Verwaltung sein, den einzelnen bis in diejenigen Lebensbereiche schützen zu wollen, die zu freier Betätigung und Entfaltung überlassen sind. Ein Mindestschutz gegen einen die Öffentlichkeit gefährdenden Mißbrauch blieb bestehen durch Überwachung von Gewerbebezügen, die das öffentliche Interesse in besonderem Maße berührten.

59) Schneider, AöR Bd. 75/496.

60) Württ.-Bad. VGH in JR 50/541 m. Anm. Fecker; abweichend nehmen Eyermann-Fröhler an (Kommentar zur GewO. v. Landmann-Rohmer, 10. Aufl., 1952, 1. Bd. Einl. S. 6), die MR-Befehle stellten für sich allein keine Rechtsgrundlage dar; ebenso Riedel NJW 52/530, der es als einen Grundsatz des Besatzungsrechts bezeichnet, daß auf deutsches Gesetzesrecht sich beziehende MR-Befehle — im Gegensatz zu Gesetzen — nur die zuständigen deutschen Behörden zur Aufhebung aufforderten. Es ist aber gerade die Frage, ob die Direktive zur Gewerbefreiheit mehr zur Besatzungsexekutive oder Legislative gehört.

61) Vgl. oben Einleitung Fußnote 12.

62) Für Hessen: Aufzählung in StaAnz. 1949/243.

63) Sie wurde zur Zeit der Kapitulation unter den Besatzungszielen noch nicht genannt, vgl. „Occupation“ unter G „Economic Policy“ S. 28 ff.

64) OVG Hamburg, DRZ 50/408; NJW 50/774; Naumann, JZ 51/431; noch weiter einschränkend BVerwGer. in DVBl. 54/258.

65) Kritisch vermerkt von Giese, JZ 52/585, die überwiegende Meinung mit Recht für Nachprüfbarkeit: vgl. Dürig in JZ 53/535.

66) Friedrich Deich, „Zwangskammern können Berufsethos nicht sichern“, „Die Neue Zeitung“ vom 7. 2. 1951.

So hatte die von der Besatzung gelenkte Entwicklung des Gewerberechts den dauerhaften Kern, den Staatsbürger in einzelnen Verwaltungsgebieten von obrigkeitlicher Bevormundung zu befreien. Die Besatzungsmacht war der Meinung, hier nicht eine Regelung dem besetzten Lande aufzuzwingen, da die Entwicklung zur Liberalisierung sich „unter dem Druck des Volkes“<sup>67</sup> vollziehen werde. Tatsächlich aber wirkten die neuen Grundsätze der Gewerbefreiheit nur in einer eingeschränkten Form über die Übergangszeit hinaus<sup>68</sup>.

## 2) Dekartellisierung und Entflechtung<sup>69</sup>.

Während das Besatzungsziel der Gewerbefreiheit die Ordnung der Wirtschaft und die wirtschaftenden Einzelpersonen gegen Eingriffe des Staates oder Zwangsbefugnisse öffentlich-rechtlicher Verbände schützen wollte, wendeten sich Dekartellisierung und Entflechtung gegen diese vorgestellte Ordnung durchkreuzende konkurrenzbeschränkende Abmachungen und gegen marktbeherrschende Großunternehmen. Die Maßnahmen zielten darauf ab, mit Mitteln des Besatzungsrechts die Wirtschaftsverfassung in Deutschland umzuformen, unter Ausschaltung von Faktoren bewußter Machtentfaltung die Wirtschaft einzig auf die Grundlage des freien Wettbewerbs zu stellen und sie so zu „demokratisieren“<sup>70</sup>. Die Zielsetzung lag völlig außerhalb herkömmlicher Besatzungseinwirkungen<sup>71</sup>. Sie sah die Besatzung als Ordnungsfaktor in Bereichen, die eine Domäne privater Betätigung waren, noch als die Haager Landkriegsordnung in Kraft trat, bis der aufkommende innerstaatliche „Dirigismus“<sup>72</sup> eine neue Entwicklung einleitete. Diese konnte auch im Besatzungsrecht nicht ohne Auswirkung bleiben. Als eine aktive und auf Dauer angelegte Umformung ging der Besatzungseinfluß nach 1945 aber über solche Ansätze einer im innerstaatlichen Recht vorgezeichneten wirtschaftlichen Lenkung hinaus.

Es handelte sich um ein Ziel mit doppeltem Inhalt: Die Einwirkung war gerichtet gegen Kartelle als (horizontale) Zusammenschlüsse von Unternehmen gleicher Produktionsstufe zum Zwecke der Marktbeherrschung, bei denen die rechtliche Selbständigkeit der einzelnen Unternehmen gewahrt bleibt, und sie war ferner gerichtet gegen Konzerne als (vertikale) Zusammenschlüsse von Unternehmen verschiedener Produktionsstufen, die nach außen hin ein einheitliches Großunternehmen bilden. Die Maßnahmen wendeten sich im einen Falle gegen Vereinbarungen bestimmten Inhalts, im anderen Falle gegen das sachliche Substrat der Wirtschaft unmittelbar.

### a) Die Maßnahmen und ihre Rechtsquellen.

Das Ziel einer wirtschaftlichen Umgestaltung war schon im Potsdamer Abkommen vom 2. 8. 1945 vorgesehen<sup>73</sup>. Als dann der Kontrollrat die proklamierte Wirtschaftseinheit nicht verwirklichen konnte, kam es in den einzelnen Zonen zu unter-

67) Landeskommissar Gross (oben unter Note 57).

68) W. Reuß, „Auch Gewerbefreiheit kann nicht absolut sein“, in „Die Neue Zeitung“ v. 14. u. 15. 11. 1952. Auch in der späteren Bundeshandwerksordnung (BGBl. 53/1411) kommt eine rückläufige Entwicklung zum Ausdruck. Andererseits aber ist Art. 12 GG bleibender Ausdruck der neuen Rechtsgedanken, vgl. Nipperdey in DRZ 50/194.

69) Die Reparationen und Restititionen, von Grewe S. 155 ff. als „wirtschaftliche Sicherungsbesetzung bezeichnet“, sollen hier als nicht auf die Wirtschaftsverfassung bezüglich außer Betracht bleiben.

70) Forsthoff, Verwaltungsrecht 1950, nennt diese Zielsetzung einen „Zwangsversuch zu autonomer Wirtschaft“.

71) Loewenstein, S. 1000, sagt über das unten zu erörternde MRG Nr. 56: „The law is the most incisive intervention in the internal affairs of the defeated people that AMG has undertaken to date.“

72) Vgl. den Bericht über die Staatsrechtslehrertagung in Marburg 1952 „Die staatliche Intervention im Bereiche der Wirtschaft — Rechtsformen und Rechtsschutz.“ (JZ 52/759).

73) Art. XII: In praktisch möglichst kurzer Frist muß die deutsche Volkswirtschaft dezentralisiert werden, um die bestehende, besonders in der Gestalt von Kartellen, Syndikaten, Trusts und anderen monopolistischen Vereinigungen zum Ausdruck kommende übermäßige Konzentration der wirtschaftlichen Kräfte aufzuheben.

schiedlichen Maßnahmen. In der amerikanischen Zone wurde das durch internationale Abkommen vorgegebene Ziel streng in dem Sinne aufgefaßt, daß an die Stelle jeden Steuerungsmittels der Automatismus des freien Wettbewerbs als Entmachtungsinstrument zu treten habe. Es verlieh gerade der wirtschaftlichen Neuordnung einen besonderen Charakter, daß hier als Besatzungsziel Machtkomplexe abgebaut werden sollten, ohne daß neue Organisationsformen an deren Stelle zu treten brauchten<sup>74</sup>.

Als wichtigstes Zonengesetz erging am 12. 2. 1947 das USMRG Nr. 56 „Verbot der übermäßigen Konzentration deutscher Wirtschaftskraft“<sup>75</sup>. An dieses Gesetz lehnte sich die um dieselbe Zeit ergangene britische VO Nr. 78 an, und auch das Gesetz Nr. 96 der französischen Zone hatte bei einem wesentlich vereinfachten Wortlaut die gleichen Grundgedanken.

Das MRG Nr. 56 entwarf in großen Linien ein Schema der besatzungsrechtlichen Einwirkung auf die deutsche Wirtschaftsverfassung, die nach der Einleitung (Ziff. I–IV) dem Gesetzgeber aus Gründen der Sicherheit, der wirtschaftlichen Entwertung und des demokratischen Aufbaus notwendig erschien. Die acht kurzen Artikel brachten erste Maßnahmen und die Ankündigung dieses Umbaus, ohne in ihrer Kürze alle Fragen der praktischen Durchführung erschöpfen zu können. Vorerst wurden alle monopolistischen Zusammenschlüsse gleich welcher Benennung und alle übermäßigen Konzentrationen von Wirtschaftskraft für ungesetzlich erklärt, wobei Unternehmen mit über 10 000 Beschäftigten die Vermutung einer solchen Konzentration begründeten und besonderer Prüfung unterlagen. Die Stellen der Militärregierung konnten eingegangene Verpflichtungen aufheben, die Beseitigung verbotener Unternehmen veranlassen, deren Vermögen entziehen und neu verteilen. Damit war zweifellos an eine kaum zu rechtfertigende entschädigungslose Enteignung als letzte Konsequenz gedacht.

Trotz des Übergewichts der USA waren die drei westlichen Besatzungsmächte über Umfang und Intensität der Durchführung nicht einig. England und Frankreich als Länder mit eigener gefestigter Verbandsautonomie in der Wirtschaftsordnung zeigten sich an einer „scharfen“ Dekartellisierung nicht so interessiert wie die USA, ein Beispiel dafür, wie die heimischen Rechtsanschauungen auf den Kurs der Besatzungspolitik einwirkten<sup>76</sup>. Zudem hatte die britische Besatzung in ihrer Zone anfänglich das andersartige Ziel, die Grundindustrien zu sozialisieren<sup>77</sup>.

Aber auch bei der US-Besatzungsmacht waren die Auffassungen nicht einheitlich. Wohl sind in den Vereinigten Staaten Kartellabreden seit 1890 (Sherman Act)<sup>78</sup> nichtig und strafbar, jedoch hat sich die grundsätzliche Kartellfeindlichkeit im Zuge der neueren Entwicklung der Wirtschaft gemildert<sup>79</sup>. Wegen der vielschichtigen Probleme der Durchführung ging die Kartellabteilung der US-Militärregierung sehr zögernd vor, so daß von Sterilität und Stagnation des wirtschaftlichen Umbaus gesprochen wurde<sup>80</sup>.

Neben dem allgemeinen Gesetz zur Dezentralisierung der Wirtschaft ergingen Sonderregelungen für einzelne Gebiete. Das KRG Nr. 9 vom 30. 11. 1945 „Beschlagnahme und Kontrolle des Vermögens der IG-Farbenindustrie“ sollte diesen

<sup>74</sup> In der brit. Zone wurde allerdings die Durchführung der Entflechtung als „Bürokratisierung der Wirtschaft“ kritisiert, vgl. das Manuskript „Die Maßnahmen zur Entflechtung und Neuordnung der Eisen schaffenden Industrie“, Bericht der gesetzlichen Vertreter einiger Unternehmen der deutschen Eisen schaffenden Industrie an den Direktor der Verwaltung für Wirtschaft, Düsseldorf 1948 S. 38.

<sup>75</sup> Die US-Entkartellisierungspolitik wurde aber maßgebend für ganz Westdeutschland, da die USA die Hauptlast der Importe zu tragen hatten und ihren Einfluß durchsetzten. Vgl. Friedrich, „The Annals . . .“ Vol. 257 S. 120 rechts.

<sup>76</sup> Mueller in NJW 50/301.

<sup>77</sup> S. 4 des unter Fußnote 74 genannten Berichts. Zu den sonstigen Unterschieden in der brit. Zone vgl. Clay S. 327.

<sup>78</sup> Vgl. Engelmann, Der Kampf gegen die Monopole in den USA, Tübingen 1951.

<sup>79</sup> Prof. Götz Briefs in einem Vortrag im Institut für Wirtschaftsforschung, München, vgl. „Die Neue Zeitung“ v. 29. 7. 50.

<sup>80</sup> Mueller a. a. O.

größten deutschen Konzern auflösen, jedoch blieben die Maßnahmen in der Schwebe einer Treuhandverwaltung, bis später das AHKG Nr. 35 erging<sup>81</sup>. Außerdem leitete das US-MRG Nr. 57 die Entflechtung der Großbanken ein<sup>82</sup>, weitere Sonderbestimmungen betrafen das UFA-Vermögen und den Bosch-Konzern.

Die bedeutendste Sonderregelung aber, die den größten Industriekomplex von der allgemeinen Entflechtung ausnahm, betraf den Kohlenbergbau und die Eisen- und Stahlindustrie. Sie war auf die an der Ruhr zusammengeballte Montanindustrie zugeschnitten. Die Durchdringung der Kohlebasis Ruhr mit industrieller Technik und wissenschaftlicher Forschung hatte auf kleinstem Raum ein Gebilde von einzigartig verflochtener industrieller Organisation entstehen lassen. Anfangs unterstellte die britische Militärregierung unter Berufung auf die keine Neuordnungsziele enthaltende und daher unzulängliche Grundlage des MRG Nr. 52 den Kohlenbergbau und die Eisen- und Stahlindustrie ihrer Kontrolle<sup>83</sup>, womit eine Sperre und Beaufsichtigung des Vermögens dieser Unternehmen ausgesprochen war. Der jahrelange Schwebezustand forderte die deutsche Kritik in besonderem Maße heraus<sup>84</sup>. Erst am 10. 11. 1948 erging im Einvernehmen der US- und der britischen Militärregierung für beide Zonen einheitlich das MRG Nr. 75 „Umgestaltung des deutschen Kohlenbergbaus und der Eisen- und Stahlindustrie“<sup>85</sup>.

Nach diesem Gesetz wurden die zu entflechtenden Werke bis zur endgültigen Entscheidung der Verwaltung von Treuhändern unterstellt. Abweichend von der allgemeinen Entflechtung galten schärfere Maßnahmen, indem die Militärregierungen sich nicht mit Selbstanzeige, Fragebogenverkehr und deren Überwachung wie im MRG Nr. 56 begnügten, sondern die zu entflechtenden Werke namentlich aufführten<sup>86</sup>. Als Stufen der Umwandlung waren vorgesehen: Kontrolle der Werke durch die Militärregierung nach Gesetz Nr. 52 bis zu weiterer Entscheidung – Beschlagnahme im Wege namentlicher Aufführung – Übertragung auf neu zu bildende Gesellschaften deutschen Rechts, deren Gründer und Anteilseigner die Anteilsrechte für die Eigentümer nach den Verfügungen der Militärregierung verwalten sollten (Treuhand).

Auch im Bereich des MRG Nr. 75 dauerte ebenso wie beim KRG Nr. 9 der Zustand der vorläufigen Verwaltung während der Übergangszeit an. Die Initiative zu dem Gesetz ging von der britischen Militärregierung aus, in deren Zone das Hauptgewicht der Montanindustrie lag. Durch die Zonenverschmelzung war es zugleich eine Angelegenheit der US-Mil.-Reg., die sich aber bei den Einzelbestimmungen nach den britischen Wünschen richtete<sup>87</sup>.

Obwohl in ihrer Art auf lange Sicht geplant, sollten die Maßnahmen im Kohlenbergbau und in der Eisenindustrie doch nur Übergangscharakter tragen und eine spätere deutsche Regierung über das Endgültige entscheiden lassen, wie vor allem General Clay in seinen Äußerungen betonte. Von deutscher Seite wurde die Aussicht auf spätere Übernahme als zu ungewiß angesehen, auch befürchtete man im Stadium der Treuhänderschaft irreparable Eingriffe, die praktisch schon den künftigen Weg ohne Gehör deutscher Stellen festlegen mochten. So wurde bei-

81) Dazu Kühlewein, NJW 50/813. Zu der erst geplanten Enteignung der Gläubiger und Aktionäre kam es nicht.

82) Ihm entsprach in der brit. Zone die Verordnung Nr. 133 (VOBl. BZ 1948/97).

83) Allg. Verfügungen Nr. 5 und 7 vom 21. 12. 45 und 20. 8. 46.

84) Vgl. den unter 74 oben genannten Bericht, der in prägnanter – allerdings unter dem Blickpunkt der Betroffenen notwendig einseitiger – Darstellung einen hervorragenden Überblick gewährt.

85) VOBl. BZ 1948/367 = Hess. GVBl. 1949 Beilage Nr. 1.

86) Anlage des MRG Nr. 75: 26 Werke, die kraft Gesetzes der Entflechtung in entsprechender Anwendung des MRG Nr. 56 unterlagen. Anlage B: vier Unternehmen, die nach MRG Nr. 52 unter Kontrolle gestellt wurden.

87) Zur Geschichte des MRG Nr. 75, zu den Meinungsverschiedenheiten über das Ausmaß der Entflechtung in der US-Mil.Reg selbst und zwischen den angelsächsischen Mächten und Frankreich vgl. Clay S. 320 ff. Frankreich bestand auf völliger Enteignung, während USA und England die Regelung der endgültigen Besitzverhältnisse später den Deutschen überlassen wollten.

spielsweise als Nebenauswirkung des MRG Nr. 75 in den zu entflechtenden Werken die betriebliche Mitbestimmung verwirklicht und den Gewerkschaften und Betriebsvertretern eine hälftige Beteiligung im Aufsichtsrat zugebilligt, als in den übrigen Bereichen die Mitbestimmung nach Art und Umfang noch heftig umstritten war<sup>88</sup>.

#### b) Schwierigkeiten der Durchführung und Kritik.

Das Ziel einer wirtschaftlichen Umgestaltung wurde während der Übergangszeit in Angriff genommen, aber nicht bis zum Abschluß verwirklicht. Anders als etwa die Entnazifizierung – die auf fast einhelligen Widerstand in der Art ihrer Durchführung stieß und in der Diskussion über die beste Art der Weiterführung zu Ende der Übergangszeit, zuvor in die deutsche Kompetenz überführt, ihre Aktualität verloren hatte – trat der Neubau der Wirtschaftsverfassung erst zu diesem Zeitpunkt und bis dahin voll in der Besetzungszuständigkeit verblieben in das Stadium der Verwirklichung, obwohl er sich in Teilreformen (Kartellgesetzgebung) mit Bestrebungen deutscher wissenschaftlicher Kreise berührte. Die besonders bei der Entflechtung zögernde Verwirklichung lag in der Natur des Gegenstandes. Wenngleich ein politisches Ziel, erforderte es die Beachtung der wirtschaftlichen Tatbestände, auf die es einwirken sollte und deren Entwicklung durch den Eingriff es vorauszu beurteilen galt.

Im Gegensatz zu manchen anderen Besatzungszielen waren Dekartellisierung und Entflechtung nicht völlig fremde Rechtsgedanken auf deutschem Boden. Sie berührten sich mit Bestrebungen der wissenschaftlichen Theorie<sup>89</sup>. Wie auf der Weinheimer Tagung des Instituts zur Förderung öffentlicher Angelegenheiten 1950 betont wurde<sup>90</sup>, war die Bekämpfung wirtschaftlicher Machtstellung seit langem ein besonderes deutsches Anliegen. Es ist eine Erkenntnis der sogenannten „Freiburger Schule“, daß die Vertrags- und Koalitionsfreiheit nicht dazu mißbraucht werden dürfe, um die mit diesen Freiheiten gleichgeordnete Wettbewerbsfreiheit zu beseitigen<sup>91</sup>. Zur Nichtigkeit von Kartellabreden zwingen nicht nur die Forderungen der Militärregierung, sondern diese Folgerung entspringt auch den Gesetzen der Marktwirtschaft.

Aber die seit Jahrzehnten entwickelten Erkenntnisse der wissenschaftlichen Forschung erfuhren erst durch Maßnahmen der Besatzungsmacht ihren entscheidenden politischen Impuls<sup>92</sup>. In der Vergangenheit fanden die Grundsätze der Dekartellisierung keinen gesetzgeberischen Niederschlag, auch nicht in der Kartellverordnung von 1923<sup>93</sup>. Diese Verordnung sollte nach dem 1. Weltkrieg nur die größten Auswüchse des Kartellwesens beseitigen, ließ aber die Bildung neuer Kartelle unberührt. Sie erwies sich als ein viel zu schwacher Ansatz zur Bekämpfung wirtschaftshemmender Bindungen<sup>94</sup>. Die deutschen Vorarbeiten betrafen so mehr die Dekartellisierung als die Entflechtung, aber auch auf ersterem Gebiet fehlte es nicht an Einwänden deutscherseits gegen die Besatzungsmaßnahmen.

<sup>88</sup>) Es sollte damit bewußt unmöglich gemacht werden, „diese Zeit einfach auszulöschen“, vgl. Redaktionsnotiz in „Die Neue Zeitung“ vom 6. 1. 1951.

<sup>89</sup>) Z. B. Leonhard Miksch, Franz Böhm, H. C. Nipperdey. Insbesondere Franz Böhm, Wettbewerb und Monopolkampf, 1933; derselbe: Das Reichsgericht und die Kartelle, *Ordo* 1948 S. 199 ff.; Nipperdey, Die Grundprinzipien des Wirtschaftsverfassungsrechts, *DRZ* 50/193 ff.

<sup>90</sup>) Bericht des Instituts, S. 15 ff. (Referat von Miksch).

<sup>91</sup>) Rasch, *SJZ* 50/387; Nipperdey, *DRZ* 50/196; Mueller, *NJW* 50/803.

<sup>92</sup>) Zusammenfassende Grundsätze in der Hamburger Rede des Leiters des Rechtsamtes der US-Hochkommission, Prof. Bowie, der die Neuordnung der Wirtschaftsverfassung im politischen und wirtschaftlichen Sinne dahin kennzeichnete, die Lebenskraft der Demokratie sei von einer weiten Machtverteilung der Befugnisse innerhalb der Gemeinschaft abhängig. („Die Neue Zeitung“ vom 19. 8. 1950).

<sup>93</sup>) VO gegen Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen vom 2. 11. 1923 (RGBl I S. 1067). Vgl. auch C. E. Fischer, Die Geschichte der deutschen Versuche zur Lösung des Kartellu. Monopolproblems, *Zeitschr. f. d. ges. StaaWiss.* Bd. 110 (1954), S. 425 ff.

<sup>94</sup>) Böhm, *Das Reichsgericht und die Kartelle*, S. 199; Hausmann-Würdinger, S. 177.

Schon die Verknüpfung der beiden Zielsetzungen, die auch in Ziffer IV des Vorspruches zu MRG Nr. 56 zum Ausdruck kam, konnte mißverständlich sein<sup>95</sup>. Von dem politischen Blickpunkt der Machtbeschränkung her bildeten beide Maßnahmen ein Ganzes, während sie in praktischer Durchsetzung und wirtschaftlicher Auswirkung als heterogen erscheinen mochten<sup>96</sup>. Politisch-militärische Ziele sollten neben wirtschaftsrechtlichen mit Mitteln derselben Gesetzgebung verwirklicht werden. Die Entscheidung über die künftige Wirtschaftsverfassung beruhte auch auf militärischen Erwägungen und berührte sich hier mit dem Besatzungsziel der Entmilitarisierung. Es war nicht mit der Zerschlagung der reinen Kriegsindustrie getan<sup>97</sup>, auch die zusammengeballte Wirtschaftskraft anderer Industrien konnte insofern eine Gefahr bilden, als sie von ihrem zentralen Kommandostand aus leichter militärischen Zwecken dienstbar gemacht werden konnte. Über die militärische Sicherung der besetzenden Mächte hinaus sollte Deutschlands wirtschaftliche Fähigkeit, Krieg zu führen, zerstört werden<sup>98</sup>. So erhob sich die Frage, ob die politisch-militärische Zielsetzung eine eigengesetzliche sei, die die wirtschaftliche Seite der Umformung außer acht lassen könnte<sup>99</sup>.

Die Entflechtung war gegenüber der Dekartellisierung das stärker politisch ausgerichtete Ziel, und deutsche Kreise erhoben den Vorwurf, daß bei ihr nichtwirtschaftliche Ziele (pönalisierende Maßnahmen gegen angebliche Kriegsschuldige und demokratisierende Maßnahmen der betrieblichen Mitbestimmung) vorherrschten, die von der Entflechtung getrennt gesehen und verfolgt werden müßten<sup>100</sup>. Aber auch bei der Kartellauflösung erhob sich die Frage, ob Wettbewerbsfreiheit ein an keine Zwecke gebundenes Postulat sei oder nur nach Grundsätzen wirtschaftlicher Opportunität durchgesetzt werden solle<sup>101</sup>, wobei an Krisenkartelle gedacht war.

Die aus deutschen Wirtschaftskreisen gegen den Umbau der Wirtschaftsverfassung geäußerten Bedenken gipfelten in der Feststellung, daß dieser Umbau eine ureigene deutsche Angelegenheit sei. In wirtschaftlicher Beziehung könne ein schematisches Vorgehen der deutschen Wirtschaft nicht zum Besten reichen. Die Aufgliederung der Werke sei nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten vorzunehmen, auch dürften Rationalisierung und überbetriebliche Steuerung der Produktion nicht ganz aus den Augen gelassen werden. Eine gut eingespielte Ordnung sei beseitigt, bevor über eine positive Neuordnung Klarheit bestanden habe. „Entflechtungsexperimente“ müßten die Kreditfähigkeit beeinträchtigen, Produktion und Versorgung erschweren und könnten bis zu einer Zerstörung der Wirtschaftskraft führen<sup>102</sup>.

In verfassungsrechtlicher Beziehung hielt man die Eingriffe in die Wirtschaft mit der Eigentumsgarantie für unvereinbar<sup>103</sup>. Es wurde ausgeführt, die Maßnahmen kämen in vielen Fällen einer Enteignung der betroffenen Unternehmen und ihrer Gläubiger und Aktionäre gleich, die sich nicht auf die Eigentumsgarantie der Verfassungen berufen und wegen Entschädigung den ordentlichen Rechtsweg beschreiten könnten. Bestand und Durchsetzung deutscher Rechte hingen vorläufig von alliierter Verwaltungsentscheidungen ab<sup>104</sup>.

95) So auch Clay, S. 325.

96) Rasch, SJZ 47/151.

97) Soweit diese überhaupt abgrenzungsfähig war, vgl. oben zu Fußnote 13.

98) MRG Nr. 56 Vorspruch Ziffer II; Clay S. 319.

99) Hier stand sogar innerhalb der US-Militärregierung die mildere Auffassung gegen die der Dekartellisierungsabteilung, vgl. Clay S. 331.

100) So S. 5 des hier unter Fußnote 74 genannten Berichts der Unternehmen der Eisen schaffenden Industrie.

101) Mueller, NJW 1950/802, 803.

102) Statt vieler: Die Zeitschrift „Der Volkswirt“, 1950 Nr. 43 S. 8 und der hier unter 74 genannte Industriebericht.

103) In dieser Richtung ablehnend unter Zurückgehen bis auf die Weimarer Verfassung: Giese — v. Brunn, Wettbewerb und Wettbewerbsbeschränkung, Frankfurt a. M. 1950.

104) Giese, Enteignung, 1950; derselbe, Konzernentflechtung als Problem des internationalen Verwaltungsrechts, MDR 50/132; weiter NJW 50/536; Kühlewein NJW 50/813.

Es fehlte auch nicht an völkerrechtlichen Bedenken: Die Besetzung solle der Eigenverantwortlichkeit der Bevölkerung für gewisse letzte Strukturfragen des Wirtschaftskörpers Raum lassen<sup>105</sup>, zumal von ihr ergriffene Maßnahmen selbst bei sachlicher Durchführung als Eigeninteresse eines wirtschaftlichen Konkurrenten mißdeutet werden könnten.

Gerade im Neubau der Wirtschaftsverfassung zeigte sich ein neuartiger besatzungsrechtlicher Einfluß. Das wirtschaftliche Unternehmen als Ordnungselement hat sich neben Elementen staatlicher Macht mehr und mehr zu einem Grundinstitut der sozialen Ordnung entwickelt<sup>106</sup>. Die Wirtschaft ist auch im innerstaatlichen Bereich kein obrigkeitlichen Eingriffen völlig verschlossenes Reservat privatbürgerlicher Betätigung mehr. Deshalb konnten in der Besatzungslage nicht die Maßstäbe eines früheren Wirtschaftsliberalismus herangezogen werden, um die Unzulässigkeit von Eingriffen darzutun. Die Suspendierung von Grundrechten aber zeigte sich auch bei anderen Besatzungszielen und soll unten im Zusammenhang erörtert werden<sup>107</sup>. Mehr als die Tatsache von Eingriffen konnte die Art ihrer Durchführung auf Kritik stoßen<sup>108</sup>. Da die Zielsetzung amerikanischem Rechts- und Wirtschaftsdenken entsprang<sup>109</sup> und sich teilweise mit deutschen Bestrebungen traf, konnte sie nicht als eine im ganzen rechtlich unhaltbare „Diktatmaßnahme des Feindes“ abgetan werden. Es wurde aber gerade hier ein Umstand deutlich, der sich auch bei anderen Besatzungszielen zeigte und die Beurteilung erschwert: Es läßt sich nicht leicht scheiden zwischen Maßnahmen der Perfektion der Niederwerfung Deutschlands und Bestrebungen einer echten politischen und staatsrechtlichen Reformation. Beide Zielrichtungen waren nicht nur zeitlich nacheinander vorhanden, sondern zeichneten sich als Strömungen in der Besatzungspolitik der Übergangszeit auch nebeneinander ab. Die Maßnahmen der wirtschaftlichen Umgestaltung standen in besonderem Maße unter dieser Problematik<sup>110</sup>.

Zu Ende der Übergangszeit konnte die Kartellauflösung als erreicht angesehen werden<sup>111</sup>, während die Form der künftigen Kartellverhinderung und die Fortführung der Entflechtung<sup>112</sup> als noch zu lösende Probleme blieben.

#### **IV. Der Einfluß der Besetzung auf das Gemeindeverfassungsrecht. (Die DGO der britischen Zone)**

Im Bereich des Gemeinderechts war es die britische Militärregierung, die für ihr Gebiet eine zoneneinheitliche, von deutschen Formen der Gemeindeverfassung erheblich abweichende Neuregelung in die Wege leitete. Erstmals war hier die Gemeindeverfassung Gegenstand des Besatzungsrechts. Nach früherer Auffassung stand sie den Zielen der Besetzung fern. Man glaubte sie den einheimischen Stellen umso eher überlassen zu können, weil hier regionale Besonderheiten und lokale Bedürfnisse vorherrschen, die die rechtliche Gestaltung kommunaler Angelegenheiten als das ureigene Betätigungsfeld der einheimischen Bevölkerung erscheinen ließen. Wenn nun aber die unmittelbare Einwirkung der Militärregierung bis in diesen Bereich der kleinsten Verwaltungseinheiten ging, konnte kaum ein eigener einhei-

105) Klein, SJZ 49/737 (751); Kaufmann, S. 33.

106) Ballerstedt, Unternehmen und Wirtschaftsverfassung, JZ 51/486 ff.

107) Unten 3. Hauptteil I 3.

108) Eine Rechtfertigung vom Besatzungsstandpunkt mit Einschluß der wirtschaftlichen Fragen findet sich in der Broschüre „Die Entflechtung und Neuordnung der Eisen schaffenden Industrie“, Stellungnahme der Treuhandverwaltung im Auftrage der North German Iron and Steel Control, Düsseldorf 1948, welche die unter 74 zitierte deutsche Stellungnahme auslöste.

109) BGH in NJW 52/101 mit Nachweisen.

110) Einerseits Morgenthau-Plan und Direktive JCS 1067/6 (oben Fußnote 26), andererseits Hoover-Report (abgedruckt in der Anlage bei Stolper) und wirtschaftliche Hilfsmaßnahmen, die sich auch als Ausnahme der Entflechtung usw. zeigten, vgl. das Beispiel der Henschelwerke bei Clay S. 330.

111) Handbuch § 6 S. 7; Clay S. 329.

112) Zu den späteren Lösungsversuchen in Art. 66 Schumanplan vgl. Gleiss in MDR 52/703.

mischer Funktionsbereich bleiben. So ist es auch kein Zufall, daß gerade in der britischen Zone in der ersten Zeit es fast ganz an deutschen Befugnissen fehlte<sup>113</sup>.

Vom Standpunkt der britischen Militärregierung aus sollten demokratische Organe allmählich von der untersten zu den obersten Stufen hin entstehen und deshalb gerade die Reform der Gemeindeverfassung am Anfang stehen, die in den übrigen Westzonen einer partikulären Länderentwicklung überlassen blieb. Die britische Besatzungsmacht erließ mit Wirkung vom 1. April 1946<sup>114</sup> die „Deutsche Gemeindeordnung für die britische Besatzungszone“. Sie setzte sich die Demokratisierung des Kommunalrechts aus dem englischen Rechtsdenken heraus zum Ziel<sup>115</sup>. Obwohl sie äußerlich nur als Änderungsgesetz zur DGO bezeichnet war, lenkte sie die Rechtsentwicklung der Zone in ganz neue Bahnen. Ersetzung des Führerprinzips durch das Prinzip gemeinschaftlicher Verantwortung<sup>116</sup> und Funktionstrennung zwischen Anordnung von Maßnahmen und deren Durchführung waren die Leitgedanken der Reform. Während die Abschaffung des unumschränkten Bürgermeisters der NS-Gemeindeordnung ein Anliegen aller Zonen und Länder war, hatte das zweite Ziel mit der Beseitigung von NS-Recht nichts mehr zu tun.

In der Neuregelung trat an die Stelle eines absolut herrschenden Bürgermeisters die Gemeindevertretung, der von der Bevölkerung gewählte Rat. Er war aber – für deutsche Verhältnisse durchaus neuartig – nicht nur Legislativorgan als Gemeindeparlament, sondern zugleich Träger der Verwaltungsaufgaben der Gemeinde (§ 32), Dienstherr der Beamten und Angestellten<sup>117</sup>, schließlich Verkörperung der Ortsobrigkeit schlechthin. Dem Rat gehörte der nur auf ein Jahr gewählte Bürgermeister als Mitglied an, ohne besonders hervortretende Befugnisse zu haben. Er war nur Ratsvorsitzender in einem formellen Sinne und mit einem Bürgermeister der kommunalen Bürgermeisterversfassung, wie sie vor 1933 in vielen deutschen Ländern bestanden hatte, nicht vergleichbar. Sachlich war an die Stelle des Bürgermeisters in vollem Umfang der Rat getreten<sup>118</sup>, das autoritäre Führungsorgan durch ein kollegiales Organ ersetzt. Dem Rat oblagen aber außer der Legislative auch die Verwaltungsaufgaben (§ 34). Nur erfüllte er diese durch von ihm verfassungsrechtlich getrennte Gemeindebeamte, an ihrer Spitze den Hauptgemeindebeamten als Direktor, die ein gesetzliches Recht auf die Durchführung der gemeindlichen Verwaltungsaufgaben eingeräumt erhielten. Im Gegensatz zum Bürgermeister war der Hauptgemeindebeamte unpolitischer Berufsbeamter mit einer langen Amtszeit von zwölf Jahren. Die Durchführungsbefugnisse waren aber unselbständiger Art und bedurften einer Ermächtigung des Rates (§ 35), die nur für die laufenden Verwaltungsgeschäfte generell erteilt wurde. Die Unselbständigkeit im Verhältnis zum Rat ging so weit, daß der Direktor in den Sitzungen des Rats nur das Wort ergreifen sollte, wenn er gefragt wurde<sup>119</sup>.

Die neuartige Regelung der Gemeindeordnung für die britische Zone mit ihren zwei Verwaltungsspitzen, die bei der mangelnden Klarheit der Befugnisabgrenzung

113) Virally, S. 122, 153.

114) Als Anlage zur MRVO Nr. 21 (ABl BZ 1946/127).

115) Zur DGO br. Z. insbesondere: Peters, Lehrbuch S. 306; Schulze, Zur Rechtsstellung der Gemeindeorgane in der brit. Zone, AöR 76/25 ff.; Edler v. Hoffmann, Das neue Gemeinderecht im brit. Kontrollgebiet, 1946; Elleringmann, Die deutsche Gemeindeordnung brit. Fassung, Heidelberg, 1948; Scholtissek, Um die innere Gemeindeverfassung in NRW, Kommunalpolitische Blätter 1951/50.

116) Vgl. Vorpruch zur DGO brit. Zone.

117) So nach der Gesamtanlage der Neuregelung mit Recht: Schulze S. 51 u. Fachinger in DV 49/496; a. A. v. Baudissin in DV 49/679. Die Frage bildet ein Beispiel für die vielen Unklarheiten, die durch die knappe, lückenhafte Regelung entstanden.

118) Schulze S. 37. Da der Rat der Gemeinde mehr war als ein Parlament, wurden seine Mitglieder in der Rechtsprechung nicht als Abgeordnete, sondern als Beamte im Sinne der §§ 31, 359 StGB angesehen: OVG Münster DVBl 51/420; OLG Braunschweig MDR 50/629.

119) Anlage der brit. Instruktion Nr. 100, August 1946, unter 3 B b, vgl. Schulze S. 27.

leicht in Konflikt geraten konnten, stieß in der Praxis auf Schwierigkeiten<sup>120</sup> und erfuhr in der Theorie völlig unterschiedliche Beurteilungen. Die Kernfrage lautete, ob die DGO BZ. eine sinnvolle, Dauer versprechende Maßnahme der Demokratisierung darstelle oder nur als Modell eines aufgezwungenen fremden Kommunalrechts für eine Übergangszeit zu dulden sei. Die eine Meinung sah in der neuen Gemeindeordnung nicht mehr als eine oberflächliche Abänderung der autoritären DGO von 1937, die mit den genossenschaftlichen Rechtsgedanken des Freiherrn vom Stein nichts gemein habe<sup>121</sup>, während eine andere Auffassung herausstellte<sup>122</sup>, daß die personelle Trennung von Planung und Durchführung schon in der Preußischen Städteordnung von 1808 gegolten habe. Dieselbe Uneinheitlichkeit der Meinungen zeigte sich in der Frage, ob nun eine Gewaltenteilung verwirklicht sei.

Nach Schulze<sup>123</sup> führte die neue DGO den Grundsatz der Gewaltenteilung wieder ein, indem sie den Gemeindebeamten ein gesetzliches Recht auf die Durchführung der Ratsbeschlüsse einräumte. Nach der Gegenmeinung<sup>124</sup> war die neue Gemeindeverfassung ein monistisches System mit Allzuständigkeit des Rates und kannte keine Gewaltenteilung, sondern nur eine Funktionsteilung. Diese unterschiedlichen Urteile konnten entstehen, weil Rat und Gemeindebeamte sich nicht wie Legislative und Exekutive gegenüber standen, weil die Trennungslinie ihrer Befugnisse mitten durch die Exekutive in Abspaltung der Durchführung von der Anordnung ging. Je nach der Bewertung dieser unselbständigen Durchführungsbefugnisse schwankten die Beurteilungen.

Ein demokratischer Charakter konnte der Regelung bei aller Fremdheit nicht abgesprochen werden. Sie ist in England heimisch und ähnelt auch dem amerikanischen City Manager System, das zur Entpolitisierung der Exekutive und im Kampf gegen Korruption sich in den USA immer mehr ausbreitet<sup>125</sup>. Schließlich kennt in Deutschland<sup>126</sup> ebenso wie die DGO BZ. und im Gegensatz zur Bürgermeisterverfassung auch die Magistratsverfassung ein nicht andersartiges Exekutivorgan, wenn auch in anderer Zusammensetzung und mit andersartiger Befugnisabgrenzung.

Die DGO der britischen Zone ist ein besonders eindrucksvolles Beispiel für Besatzungsmaßnahmen, die außerhalb eines jeden noch so weit gefaßten Sicherheitsbedürfnisses liegen. Es zeigte sich hier das Bemühen, das Bewährte des eigenen Rechtskreises auf öffentliche Einrichtungen des besetzten Landes zu übertragen, wo bei eigenständiger Ablösung der bisherigen Regelung nur eine bewegte Vielfalt von Formen der Gemeindeverfassung ohne Dominanz eines einzelnen Typs zur Verfügung gestanden hätte<sup>127</sup>.

Die Gemeinde als Verwaltungsbezirk unterster Stufe und die engste Berührung von Verwaltung und Bevölkerung, die in einer natürlich gewachsenen Gemeinschaft ureigene Belange der Einwohner wahrnimmt und zugleich als organisierte Einheit auf die höheren Gliederungen der Staatsverwaltung trifft, muß ihre Verfassung sicherlich aus den Kräften schöpfen, von denen sie selbst geformt wurde. Hier sind besatzungsrechtliche Eingriffe von besonderer Problematik.

Mag man schon zweifeln, ob es die beste Gemeindeverfassung abstrakt gesehen überhaupt gibt, so spielen weiterhin auf der untersten Verwaltungsebene bei

120) Da statt eines verantwortlichen Beamten ein Gremium ehrenamtlich tätiger Bürger an der Spitze stand, konnten bei Auftragsangelegenheiten (z. B. Flüchtlingszuweisung) Schwierigkeiten entstehen. Vgl. auch Elleringmann S. 25.

121) Schulze S. 25.

122) v. Hoffmann S. 3.

123) Schulze S. 29.

124) Wolff, MDR 50/6; Scholtissek S. 50; OLG Braunschweig in MDR 50/629; Elleringmann S. 23–25.

125) Hensel, Gemeindeverfassungsrecht in den USA, in „Kommunalpolitische Blätter“, 1951 S. 52.

126) Z. B. §§ 9 II, 49 Hess. Gemeindeordnung 1952 (GVBl S. 1).

127) Der Deutsche Städtetag (Braunschweig, Mai 1947) stellte noch fünf Varianten für eine künftige Gemeindeverfassung in Deutschland zur Auswahl.

der Auswahl zwischen einzelnen Formen die Tradition und psychologische Elemente der Gewöhnung und der gewollten Selbstentscheidung eine besondere Rolle. Wenn schon auf der Ebene der Länderverfassungen in der Besatzungsmitwirkung die Gefahr eines Makels erblickt werden konnte („oktroiierte Verfassung“), so mußten sich für die Gemeinden und bei vollem Vorgegebensein des Verfassungsinhalts solche Bedenken verstärken, zumal der Durchschnittsbürger die Staatsverfassung als etwas seinem Leben ferner Stehendes in einer ganzen Skala von Formen akzeptieren würde, während er von der Gemeindeverfassung eher eine ausgeprägte Vorstellung hat.

Seit die britische MRVO Nr. 57 die Länder für eine Neuordnung des Gemeinderechts für zuständig erklärte, bestand Einhelligkeit darüber, daß die DGO der britischen Zone abänderungsbedürftig war. Jedoch war man sich bei den deutschen Stellen nicht klar, ob das Militärregierungsgesetz im Prinzip und in einer in Einzelheiten verbesserten Form aufrechterhalten oder ob es durch eine ganz andersartige Regelung ersetzt werden sollte<sup>128</sup>. Schon dieses bedächtige Abwägen eines Für und Wider, das auf Jahre eine Abänderung hinauszögerte, war ein Anzeichen dafür, daß die Bekanntschaft mit einer andersartigen Gemeindeordnung zumindest zum Nachdenken anregte<sup>129</sup> und damit nicht ganz fruchtlos geblieben war. So kam es während der Übergangszeit und lange danach nicht zu einer Aufhebung und Ersetzung der DGO der britischen Zone.

## V. Aufrechterhaltung der guten Ordnung (Polizeirecht).

### 1. Polizei und Besatzung.

Die Polizei als Institution verkörpert die wirksamste Äußerung staatlicher Exekutive. Sie mußte deshalb in besonderem Maße unter dem Einfluß der Besatzung stehen. Schon in Zeiten ohne fremde Besatzung ist der Polizeibegriff gekennzeichnet durch die Spannungen im Verhältnis Staat-Bürger und die jeweiligen Auffassungen über Wesen und Befugnisse des Staates. Die Spannungen verstärken sich in der Polizei eines besetzten Gebietes, wo „Verwaltungs-, Staats- und Völkerrecht zusammenstoßen.“<sup>130</sup>

Bei der Besetzung Deutschlands waren es verschiedene Komponenten, die eine besonders sichtbare, tiefgreifende und vielerörterte Umgestaltungstätigkeit auf polizeilichem Gebiet auslösten. Einmal erfuhr die deutsche Polizei nach 1933 durch Abstreifen der rechtsstaatlichen Beschränkungen auf dem Gebiet der politischen Polizei eine bedrohliche Machtausweitung als Exekutivinstrument der politischen Führung, die das Netzwerk befördlicher Zuständigkeiten weithin zu einem nur theoretischen Schema werden ließ. Weiter brachten die Besatzungsmächte gerade der angelsächsischen Zonen ihren eigenen Polizeibegriff mit, der von dem geschichtlich gewordenen deutschen Polizeibegriff ganz erheblich abweicht, auch wenn man von der – Vergleichen mit rechtsstaatlichen Formen nicht mehr zugänglichen – Entwicklung nach 1933 absieht. So trafen mehrere eine volle Rechtskontinuität im Polizeirecht ausschließende Momente zusammen. Von vornherein ist das Verhältnis zur Polizei ein neuralgischer Punkt jeden Besatzungsrechts. Dazu verliehen die auf ihrem Kulminationspunkt alarmierende Entwicklung des Polizeirechts nach 1933 und die Vorbilder des angelsächsischen Rechts den Umgestaltungsbestrebungen der Besatzung eine besondere Intensität.

128) Dazu: Jacobi, Grundfragen einer neuen Gemeindeordnung, in: „Die Neue Zeitung“, Dezember 1948. Für Rückkehr zu einer gewaltenteilenden Verfassung im herkömmlichen Sinne (Bürgermeister – oder Magistratsverfassung): Elleringmann S. 81.

129) In diesem Kennenlernen, das zu einer Rechtsvergleichung anregen und Grundlagen für eine dereinstige internationale Rechtsvereinheitlichung legen könne, sieht Dölle eine positive Seite des Besatzungsrechts überhaupt (Betrachtungen zum ausländischen, internationalen und interzonalen Privatrecht im besetzten Deutschland, Raape-Festschrift, Hamburg 1948/149 ff., insbes. S. 149, 178; ähnlich „Bürgerrechte u. Besatzungsmacht“, S. 99.

130) Totzek in AöR 75/193.

## 2. Die Einschränkung der polizeilichen Befugnisse.

### a) Zurückführung auf den Stand von 1933<sup>131</sup>.

Trotz der Exzesse im Dritten Reich waren die Rechtsgrundlagen der allgemeinen Polizei nur zurückgedrängt, nicht beseitigt. An allen Hintzgarantien hatte es gefehlt im Bereich der Geheimen Staatspolizei. Diese Einrichtung wurde daher von der Besatzungsmacht vorweg und ausdrücklich beseitigt. Die Polizei sollte der öffentlichen Sicherheit und nicht der Ausbreitung politischer Herrschaft dienen<sup>132</sup>. Im übrigen bildete das frühere Recht ohne die später hinzugefügte nationalsozialistische Auslegung, insbesondere das Preußische Polizeiverwaltungsgesetz von 1931, weiter die Grundlage der polizeilichen Tätigkeit<sup>133</sup>. Auch formell bestanden gegen diese Rechtskontinuität keine Bedenken, den anerkanntermaßen beseitigt der Untergang eines Staates<sup>134</sup> nicht auch ohne weiteres dessen Recht.

### b) Ausscheidung weiterer Befugnisse.

Die Neuordnung beschränkte sich nicht darauf, das Polizeirecht auf den Stand von 1933 zurückzusetzen, sondern ging zu tiefgreifenden weiteren Änderungen über. Dieses Bestreben wurde deutlich in der US-Zone und in der britischen Zone, während das französisch besetzte Gebiet sich in der ersten Zeit auf die Beseitigung von NS-Vorschriften beschränkte<sup>135</sup>.

Einzelne Vorschriften bezüglich politischer Befugnisse und Bewaffnung der Polizei hatte schon der Kontrollrat erlassen<sup>136</sup>. Eine weitere Entmachtung der Polizei brachte die Zonengesetzgebung. In der US-Zone war maßgebend der Titel 9 der Vorschriften der Militärregierung über öffentliches Sicherheitswesen<sup>137</sup>, nur vereinzelt fanden die neuen Grundsätze in der Ländergesetzgebung ihren Niederschlag<sup>138</sup>. Eine andere Normierungsmethode verfolgte die britische Militärregierung. Auf die anfängliche Instruktion vom 25. 9. 45, die gleichfalls keine Rechtsnorm war, folgte die MRVO Nr. 135<sup>139</sup>, die Richtlinien für die Polizeigesetze der Länder enthielt. Schon vor dieser Verordnung und hauptsächlich in der Folgezeit erließen die Länder entsprechende polizeirechtliche Anordnungen, so daß die Neuordnung in der britischen Zone sich mehr als in der US-Zone auf publiziertes Recht gründet und daher besser zu verfolgen ist<sup>140</sup>.

Die Änderungsmaßnahmen der angelsächsischen Zonen bezogen sich auf die Beseitigung der Verwaltungspolizei und der normsetzenden und richtenden Funktionen der Polizei. Das gesamte Gebiet der sogenannten Verwaltungspolizei wurde als seinem Wesen nach zur inneren Verwaltung gehörig von der Polizei abgetrennt. Die eigentliche Polizei sollte auf Gefahrenabwehr und Verbrechensbekämpfung beschränkt sein und die Wohlfahrtstätigkeit der besonderen Verwaltungszweige (die bisherige Bau-, Gesundheits-, Lebensmittelpolizei usw.) an andere Behörden außerhalb der polizeilichen Organisation abgeben. Die Exekutivpolizei sollte sich von den übrigen Verwaltungszweigen abheben und nur noch der Aufrechterhaltung von Sicherheit und Ordnung des Gemeinwesens im ganzen, nicht auch der gestaltenden Durchführung spezieller Verwaltungsaufgaben dienen<sup>141</sup>.

131) Dazu Peters, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 373 ff.

132) Clay, S. 245.

133) Pioch in DV 50/85 ff.; Totzek in AöR 75/208.

134) Deklaratorisch festgestellt in KRG Nr. 46, dazu Peters Lehrbuch S. 84.

135) Jedoch wurde die anglo-amerik. Regelung in gewissem Umfang rezipiert, Wolff, DRZ 50/518; eine Übersicht für die drei westlichen Besatzungszonen findet sich bei Drews-Wacke, Allgemeines Polizeirecht, 6. Aufl. 1952, S. 232–245.

136) KRG Nr. 1 (Aufhebung des Preußischen Gesetzes über die Geheime Staatspolizei); KRG Nr. 31 (Auflösung von Polizeibüros polit. Charakters); KR-Direktive Nr. 16 (nur beschränkte Bewaffnung).

137) Nicht offiziell veröffentlichte Dienstanweisung, vermischt mit Vorschriften materiellen Gehalts, vom 1. 2. 46/22. S. 47.

138) Z. B. Abschaffung von Polizeistrafen und Zwangsgeld: Hess. GVBl 1947/94.

139) Vom 1. 3. 1948, Mil.-Reg. Abl. S. 713.

140) Peters, Lehrbuch S. 75.

141) US-Zone: Titel 9–235; britische Zone: Instruktion vom 25. 9. 45 Ziff. 10.

Das neue Organisationsprinzip war weniger aus einer objektiven Verwaltungsnotwendigkeit als psychologisch zu erklären. Die deutsche Polizei, für eine Zeitlang zum Symbol eines absoluten staatlichen Herrschaftsanspruches geworden, sollte alle nicht zur engeren polizeilichen Generalklausel der Gefahrenabwehr gehörenden Befugnisse verlieren, mochte dadurch sich sachlich auch wenig ändern. Denn die verwaisten Verwaltungsaufgaben blieben und mußten notwendig in die Obhut anderer Stellen übergehen. Anfänglich herrschte Streit darüber, ob diese Stellen nach sachlicher Trennung weiterhin als Verwaltungspolizei bezeichnet oder auch nach außen einen neuen Namen erhalten sollten (als „Aufsichtsbehörde“, „Ordnungsamt“ oder dergleichen). Es setzte sich die Übung durch, auch hier das Wort „Polizei“ zu vermeiden.

So wie in allen Bereichen von der Besatzung veranlaßte Befugnisveränderungen den deutschen Charakter der Behörde unberührt ließen, wurde dies für die Polizei außerdem ausdrücklich ausgesprochen<sup>142</sup>, sogar mit dem hinzugefügten Verbot, die Dienststellen als „Polizei der Militärregierung“ zu bezeichnen.

Weiterhin wurde die Beseitigung der gesetzgebenden und richterlichen Gewalt der Polizei angeordnet, soweit diese in materiellem Sinne derartige Befugnisse bisher innehatte. Die Vorstellung einer strengen Gewaltenteilung war hier maßgebend, nicht praktische Verwaltungserfordernisse. Es kam also nicht darauf an, daß die bisherige Regelung sich in der Anwendung überwiegend bewährt hatte und nicht aller Rechtsgarantien entbehrte.

Mit dem Polizeiverordnungsrecht konnte die Polizei – wenigstens in Preußen<sup>143</sup> – kraft genereller Delegation Verordnungen im Rahmen der polizeilichen Aufgaben erlassen, also materiell Gesetzgebungsbefugnisse ausüben. Zwar erscheint eine Delegation rechtsstaatlich unbedenklich und ist allgemein üblich. Sie dient der Entlastung des Gesetzgebers von täglicher Kleinarbeit und soll örtlich differenzierte Regelungen ermöglichen. Aber augenscheinlich nahm die Besatzungsmacht an der weiten Fassung der Ermächtigung Anstoß, die bei entsprechender Handhabung eine Gewaltenteilung gegenstandslos machen kann<sup>144</sup>. Aus einer Befugniseinschränkung entstand die Ungewißheit, ob wenigstens die neugebildeten Ordnungsämter für ihren Bereich sich auf das Polizeiverordnungsrecht stützen konnten. Richtiger Ansicht nach war der Gedanke strenger Gewaltenteilung auch hier maßgebend, so daß derartige Verordnungen der Zustimmung der Vertretungskörperschaften bedurften<sup>145</sup>.

Eine begrenzte Strafgewalt der Polizeibehörden hatte bisher in der Möglichkeit gelegen, polizeiliche Strafverfügungen zu erlassen<sup>146</sup>. Diese waren auf Bagateltsachen beschränkt und konnten zu gerichtlicher Nachprüfung gebracht werden. Dennoch ergingen in beiden angelsächsischen Besatzungszonen Vorschriften zur Beseitigung dieses Strafverfügungsrechts<sup>147</sup>. Auch hier konnte eine Neuregelung praktisch nicht besser sein<sup>148</sup>. Das Hauptanwendungsgebiet lag in der Ahndung von Übertretungen im Straßenverkehr. Der amtsrichterliche Strafbefehl, der nun an die Stelle der polizeilichen Strafverfügung treten sollte, konnte den Effekt einer sofort wirksamen Abschreckung nicht in gleichem Maße herbeiführen. Die Strafe

142) US-Zone: Titel 9—306.

143) §§ 24 ff. PVG.

144) Vgl. den Bericht über die Weinheimer Tagung des Instituts zur Förderung öffentl. Angelegenheiten, 1951, „Die Übertragung rechtssetzender Gewalt im Rechtsstaat“, JZ 52/92.

145) DV 50/84 ff., Urteil des LVG Münster m. Anm. Ploch.

146) §§ 413 ff. StPO in der 1945 maßgebenden Fassung.

147) US-Zone: Außer den Vorschriften Titel 9—430 c Gesetze der Länder zur Überleitung des Strafverfügungsrechts auf die Gerichte, z. B. Hessen in GVBl 46/164.

148) Pauli (DRZ 50/485) nennt die polizeiliche Strafverfügung eine „althergebrachte, bestens bewährte Verfahrensart“. Ein Verwaltungsstrafverfahren ist nach Friesenhahn (Festschrift f. Richard Thoma S. 45) nicht zu beanstanden, wenn es durch den Willen des Bestraften in ein ordentliches Gerichtsverfahren übergeleitet werden kann. Für das ähnlich gelagerte Steuerstrafverfahren ist dies auch in den angelsächsischen Ländern anerkannt (vgl. Mattern, JZ 54/283).

folgte der Übertretung nicht auf dem Fuße, vielmehr war der Vorgang in ein gerichtsförmiges Verfahren überzuleiten und eine für den Bagatelldarakter empfindliche Strafe auszuwerfen.

Die Umgestaltungsmaßnahmen gingen also in eine Richtung, die mit Schutz und Sicherheit der Besatzung in herkömmlichem Sinne nichts mehr zu tun hatte. Sie waren nicht durch die Natur der Sache zwingend gefordert, um eine bisherige verfehlte Regelung zu ersetzen. Nicht Einzelkorrekturen aus irgendwelchen Tagesnotwendigkeiten, sondern Umgestaltung weiter innerstaatlicher Rechtsgebiete nach vorgefaßtem Plan waren das Ziel. Die Entmachtung einer ehemals übermächtigen Exekutive<sup>149</sup> und die Durchsetzung eines theoretischen Prinzips klarer Gewaltenteilung waren leitende Vorstellungen bei der Neuregelung des Polizeirechts. Bei dem Umfang der Änderungen und dem Tempo ihrer Durchführung konnte die deutsche Kritik nicht ausbleiben<sup>150</sup>. Immerhin wurde der Gedanke einer „Abwendung vom Obrigkeitsstaat und Hinwendung zum Sozialstaat“ als der positive Kern der neuen Rechtsentwicklung hervorgehoben. Es ging über eine sachliche Kritik hinaus, die Abtrennung der Verwaltungspolizei zu kennzeichnen als „die von der Besatzungsmacht infizierte Modekrankheit der organisatorischen Zerlegung der Polizei in Sicherheitspolizei und Ordnungsverwaltung“<sup>151</sup>. Die verwaltungspolizeilichen Aufgaben hatten sich in der Entwicklung nach Zielsetzung und Inhalt längst von dem allgemeinen Polizeibegriff gelöst<sup>152</sup>, der seit der berühmten Kreuzberg-Entscheidung des preußischen OVG<sup>153</sup> die Wohlfahrtspflege in keiner Form mehr einschloß.

Kaum zu überbrückende Auffassungsunterschiede zeigten sich schließlich zwischen Besatzungsauffassung und deutschem Rechtsdenken in dem weiten Ausmaß der „Entpönlisierung“ der polizeilichen Eingriffsmittel. Die US-Militärregierung brachte das im preußischen PVG unter den Zwangsmitteln genannte Zwangsgeld (§§ 55 ff.) unter den Begriff der Strafe<sup>154</sup>, während das preußische OVG seit 1929 das Zwangsgeld als reines Beugemittel angesehen hatte, das neben und unabhängig von einer Kriminalstrafe verhängt werden konnte und ein wirksames Exekutivmittel darstellte.

### 3. Die weitere Überwachung der umgestalteten Polizei.

Nach der Umgestaltung blieb die Polizei unter der unmittelbaren Überwachung der Besatzungsmächte, obwohl ihre Befugnisse wesentlich verringert waren und an exekutiver Schlagkraft eingebüßt hatten. Die Überwachung bezog sich auf die polizeiliche Organisation, die unter dem Leitgedanken der Dezentralisierung und Entmilitarisierung stehen sollte. Teilweise waren dafür Gründe der unmittelbaren Si-

149) Dabei ist es bemerkenswert, daß das gleiche Ziel einer Dezentralisierung in der US- u. brit. Zone zu verschiedenen Lösungsversuchen führte: Titel 9 der US-Mil.Reg. schrieb für alle Gemeinden über 5000 Einwohner eine kommunale Polizei vor, während die brit. VO Nr. 135 durch Schaffung selbständiger „Polizeieinheiten“ mit „Polizeiaus-schlüssen“ gerade zu entkommunalisieren versuchte. Sie wollte die Polizei von Staat und Gemeinde organisatorisch trennen.

150) Für die brit. Zone der Bericht von H. J. Wolff auf der Münchener Staatsrechts-lehrertagung 1950 (DRZ 50/518): Die praktische Auswirkung sei nicht so befriedigend wie die von hohen Erwartungen getragene Zielsetzung. Trotz Befehlsverringering seien die Polizeikosten gestiegen. Es fehle eine klare Abgrenzung von Polizei und Ordnungs-verwaltung. Die Regelung sei im Organisatorischen stecken geblieben. Durch überstürzte Durchführung habe die Mil.Reg. gerade einer solchen Rechtsunsicherheit Vorschub ge-leistet, deren Beseitigung das erklärte Ziel ihrer Maßnahmen gewesen sei.

151) So Dürig in AöR 79/58; in ähnlicher kritischer Schärfe Nebinger (Die öff. Verwal-tung, 1949/309): Die Änderungen im Polizeirecht beruhten auf rein doktrinarischen Gründen, nicht auf der Gefahr eines Mißbrauchs polizeilicher Macht.

152) Dies räumt auch Hans Schneider ein: Die Umgestaltung des Polizeirechts in der brit. Zone (Betrachtung zur Einführung englischer Verwaltungsinstitutionen in das deut-sche Recht), in der Festschrift für J. v. Gierke (1950) S. 234 ff. (237).

153) Preuß. OVG Bd. 9/353 (1882).

154) US-Mil.Reg. Titel 9-430 c, in der hessischen Ausgabe für den Behördengebrauch mit hinweisender Anm. des Ministers des Innern, später landesgesetzliche Klarstellung, vgl. oben Fußnote 138.

cherheit der Besatzung und der ungefährdeten Durchsetzung ihrer Ziele maßgebend. Die Einwirkungstendenzen gingen aber über das Sicherheitsbedürfnis hinaus in den Bereich der Erziehungsziele. Für einen Besiegten konnte es nahe liegen, über den intakt gebliebenen Polizeiapparat die militärische Reorganisation zu betreiben oder zumindest die geistigen Grundlagen dafür zu legen. Der führende Theoretiker des NS-Polizeirechts hatte die Polizei als die „innere Wehrmacht“ bezeichnet<sup>155</sup>. Dementsprechend sollte die Überwachung das Wiederaufleben einer militärischen Ausbildung verhindern und gehörte damit zugleich in den Bereich der Entmilitarisierung<sup>156</sup>. Die Polizei sollte nicht zu einer militärähnlichen Organisation und nicht so zentralisiert werden, daß sie eine Bedrohung der demokratischen Regierungsform oder der Sicherheit der Besatzungsmächte darstellen konnte. Aus diesem Grunde waren Zusammenschlüsse über Landesebene nicht erlaubt.

## VI. Rechtliche Stellung der Organpersonen des Staates.

### (Das Recht des öffentlichen Dienstes)<sup>157</sup>

#### 1. Die Entwicklung zur Besatzungsregelung.

Die Initiative zur Reform des Beamtenrechts ging von der US-Besatzungsmacht aus. Eigene Rechtsvorstellungen wurden hier mit ähnlicher Zielstrebigkeit verfolgt wie von der britischen Besatzungsmacht im Gemeindeverfassungsrecht. Die Organisationsform des öffentlichen Dienstes berührt das innere Staatsrecht, das nach den bislang bekannten Besatzungsformen von jeder Einwirkung auf Dauer frei bleiben sollte<sup>158</sup>. Es fehlte nicht an Stimmen, die auch für die Besetzung Deutschlands nach 1945 jede Eingriffsmöglichkeit auf diesem Gebiet verneinten<sup>159</sup>.

Die erste Besetzungseinwirkung auf das Beamtenrecht war nicht schlechthin reformatorischer Natur. Das deutsche Beamtengesetz von 1937<sup>160</sup> gehörte nicht zu den vom Kontrollrat aufgehobenen Gesetzen. Aber im Zuge der von der Besatzung ausgelösten regionalen Rechtszersplitterung kam es zu unterschiedlichen Regelungen in den einzelnen Gebieten. In der britischen und französischen Zone lehnten sich die Länder an das DBG an oder übernahmen dessen Bestimmungen. Dagegen bestanden bei der amerikanischen Militärregierung aktive Reformpläne. Sie stießen hier auf eine in langer Tradition geformte Rechtsmaterie von besonders ausgeprägter Eigenart. Auf keinem anderen Gebiet lag die Gefahr so nahe, andersartig mit „autoritär“, „bürokratisch“ oder „undemokratisch“ gleichzusetzen. Dem deutschen Beamtenum wurden „Kommandopraxis und Kastengeist“, blinder Gehorsam und unbesehene Gleichsetzung von Gesetz und Recht, fehlende Gleichberechtigung der Geschlechter im öffentlichen Dienst und mangelnde Trennung von Beamten- und Abgeordnetenstellung zum Vorwurf gemacht. Auf diese Punkte richtete sich die besatzungsrechtliche Einwirkung.

Obwohl in der US-Zone im Jahre 1946 Ländergesetze auf Anweisung und in ständiger Fühlung mit der Militärregierung ergingen<sup>161</sup>, zeigten sie eine nur vor-

155) Werner Best, Die deutsche Polizei, 1936.

156) Oben unter I.

157) Dazu: Wacke, Zur Entwicklung des Beamtenrechts in der amerikanischen Zone, DRZ 48/465 ff.; Wichert, Die neuere Entwicklung des Beamtenrechts bis zum Inkrafttreten des GG, DVBl 50/769; Richard Schneider, Kommentar zum Deutschen Beamtengesetz, Bonn 1951; „Beamtenurteil“ des BVerfGer. in BVerfGE Bd. 3/53 ff. = JZ 54/76 ff.; vgl. auch die materialreiche Darstellung „Reform des öffentlichen Dienstes“, Pläne der Kabinettskommission zur Reform des Beamtenrechts (Hessen), Wiesbaden 1948.

158) Für die Rheinlandbesetzung: Fraenkel S. 116. („The German bureaucracy, as an institution, was maintained without change“).

159) Kaufmann, S. 32: „Domaine réservée.“

160) Das abgesehen von einzelnen Bestimmungen, die das Führerprinzip verkörperten, bei den ersten Nachkriegskommentatoren als vorzügliche Kodifikation galt, vgl. Schneider, DBG S. 1 u. Wichert, DBG S. 20, kritisch und einschränkend das BVerfG im „Beamtenurteil“ (JZ 54/79 rechts).

161) Wacke, DRZ 48/465.

sichtige Reformtendenz und wichen auch untereinander stark ab. Die Reform befand sich noch im Stadium indirekter Einwirkungen<sup>162</sup> und ließ den deutschen Auffassungen Raum.

Erst in der Periode des Frankfurter Wirtschaftsrates kam es zu einer unmittelbaren Besatzungsregelung, als diese Körperschaft die amerikanischen Empfehlungen für ein Zweizonen-Gesetz in einem eigenen Entwurf nicht genügend berücksichtigte. Das MRG Nr. 15<sup>163</sup> „Verwaltungsangehörige des Vereinigten Wirtschaftsgebiets“ verwirklichte eine Reihe von Reformgrundsätzen der Besatzung und trat gleichlautend für die US- und brit. Zone am 15. 3. 1949 in Kraft.

## 2. Einzelbestimmungen und ihre Zielsetzung.

Als hervorstechender Grundsatz war den Beamten in Beschränkung früherer Grundrechtsauffassungen nicht die absolute Freiheit der Staatsgesinnung gewährleistet, vielmehr sollte jeder Bedienstete sich zu einer sichtbaren demokratischen Haltung bekennen und diese in und außer Dienst vertreten<sup>164</sup>. Darüber hatte er eine vorgeschriebene Versicherung abzugeben und war bei ihrer Verweigerung zu entlassen. Die Verpflichtung, für die demokratische Ordnung zu wirken, wurde über die dienstliche Verschwiegenheitspflicht gestellt. Sie war geeignet, diese letztere aufzuheben (§ 30, 1). Damit war der Standpunkt unbedingter Gesinnungsfreiheit und Wertneutralität verlassen, wie er noch die Weimarer Verfassung beherrscht hatte<sup>165</sup>. Nach den Grundsätzen einer aktiven Demokratie sollte der Beamte nicht gleichgültig bleiben dürfen, wenn es um den nicht antastbaren Kern demokratischer Grundsätze ging<sup>166</sup>. Die Diskussion um diesen Grundsatz setzte sich über die Übergangszeit hinaus fort<sup>167</sup>. Die Pflicht des Beamten, sich durch sein gesamtes Verhalten zu der freiheitlichen demokratischen Grundordnung im Sinne der Verfassung zu bekennen und für deren Erhaltung einzutreten, ging später in die endgültige Fassung des Bundesbeamtengesetzes von 1953 über (§ 52 II). Über das Besatzungsrecht hat der Begriff der „Staatsstreue als Mittel des Staatsschutzes“<sup>168</sup> in das deutsche öffentliche Recht Eingang gefunden.

Im Zusammenhang mit diesem Grundsatz sollte die Pflicht des Beamten zu selbstverantwortlichem Handeln verstärkt werden. Nach § 25 Ziff. 2 und 3 MRG Nr. 15 sollte der Beamte für die Gesetzmäßigkeit seiner dienstlichen Handlungen verantwortlich und nicht bloßer Befehlsempfänger sein. Bei einer ihm erkennbaren Strafbarkeit und Sittenwidrigkeit von Anordnungen sollte er nicht von eigener Verantwortung befreit bleiben<sup>169</sup>.

Neben der politischen Treupflicht stand der damit scheinbar nicht leicht zu vereinbarende Grundsatz politischer Neutralität<sup>170</sup>. Der Beamte sollte nach § 26 in seiner politischen Aktivität beschränkt bleiben. Er durfte nicht durch politische Tätigkeit eine Partei oder ein politisches Programm öffentlich unterstützen und muß-

162) Handbuch § 24 S. 4 (Empfehlungen, Mißbilligungen usw.), vgl. auch die OMGUS-Grundsätze „Civil Service Codes“ vom 28. 8. 1946 („Occupation“, S. 186).

163) Hess. GVBl 1949, Beilage Nr. 3.

164) §§ 7, 21, 29, 65 MRG Nr. 15. Der Grundsatz war in ähnlicher Form in Landesgesetzen aufgenommen (z. B. Hess. GVBl 48/101) und ging später in das Bundespersonalgesetz ein (BGBl 50/207, § 3).

165) Vgl. AöR Bd. 76/86. Der Grundsatz war — als Ausnahmeregelung — damals durchbrochen durch eine Änderung des Reichsbeamtengesetzes im Gesetz über die Pflichten der Beamten zum Schutze der Republik (RGBl 1922/590).

166) Damit war mehr gefordert als nach Art. 146 I, 147 Hess. Verf., wonach jeder — nicht nur der Beamte — für den Bestand der Verfassung einzutreten hatte, aber nur bei Verfassungsbruch.

167) „Politische Treupflicht im öffentlichen Dienst“, Broschüre des deutschen Bundes f. Bürgerrechte, Frankfurt a. M. 1951; Ule in DVBl 51/340; Glosse in AöR 76/335 ff.

168) Loewenstein, Der Kommunismus und die amerikanische Verfassung, JZ 52/4.

169) Jedoch soll nach britischem Besatzungsrecht der Beamte Gesetze nicht am übergesetzlichen Recht messen dürfen. Zu dieser Unstimmigkeit Ipsen, AöR 75/224 und Jellinek, DRZ 48/471.

170) „Die freiheitliche demokr. Grundordnung ist nicht das Programm einer Partei“: BVerfGer. in JZ 54/81.

te vor Aufstellung als Wahlkandidat in einer gesetzgebenden Körperschaft sein Amt niederlegen. Es wurde mit dem Grundsatz der Gewaltenteilung für unvereinbar gehalten, daß ein Beamter als Organ der Exekutive zu gleicher Zeit Befugnisse als Glied der Legislative ausübte, also eine mittelbare und eine unmittelbare Organstellung in einer Person verkörperte<sup>171</sup>. Bei strenger Durchführung dieser Inkompatibilität hätte kaum ein Beamter ein Mandat als Abgeordneter übernehmen können. In Anpassung an deutsche Verhältnisse wurde das Verbot durch Änderungsgesetz<sup>172</sup> gelockert und eine Suspendierung für die Zeit der Abgeordneten-tätigkeit als ausreichend erachtet.

Eine baldige Änderung erwies sich auch für einen anderen neueingeführten Grundsatz als notwendig. Nach den §§ 42 Ziff. 3 und 77 des MRG Nr. 15 sollten anstelle eigenständiger Disziplinargerichte fortan die obersten Dienstbehörden entscheiden, wodurch der Beamte bei seiner Tätigkeit sich gehemmt fühlen konnte. Das Änderungsgesetz sah deutschen Anregungen folgend wieder Disziplinarge-richte vor.

Ein anderer umwälzender Grundsatz ergab sich aus der Gleichstellung der Ge-schlechter im öffentlichen Dienst (§ 3 Ziff. 3 und § 4 des Gesetzes). Neben der Ge-haltsfrage war die wichtigste Auswirkung, daß weibliche Bedienstete bei Verhei-ratung nicht mehr erleichtert gekündigt werden konnten, wie dies § 63 DBG vorge-sehen hatte. Diese sogenannte „Zölibatsklausel“ stand schon längere Zeit im Kreuzfeuer der deutschen öffentlichen Meinung<sup>173</sup>. Der alte § 63 wurde aber trotz des besatzungsrechtlichen Vorbildes anfänglich in die Bundesfassung des späteren Bundesbeamtengesetzes<sup>174</sup> übernommen.

Daneben befaßte sich die Reform mit wichtigen organisatorischen Fragen. Unter Wegfall der Angestellten sollte es nur noch Beamte und Arbeiter im öffentlichen Dienst geben, um die von der Besatzung argwöhnisch betrachteten Klassenunter-schiede zu vermindern. Damit hätte sich sogar eine Erweiterung des Berufsbeam-ten-tums angebahnt. Weiter sollten Anstellung und Beförderung aufgelockerten Laufbahngrundsätzen unterliegen und Stellen öffentlich ausgeschrieben werden<sup>175</sup>.

Durch das MRG Nr. 15 wurden also die beamtenrechtlichen Auffassungen der Besatzung in zwei Besatzungszonen geltendes Recht. Wenn die Bestimmungen auch nur für die Bediensteten der Zweizonenverwaltung, also nicht für die Länderbe-amten, galten und nach Errichtung des Bundes bald außer Kraft traten<sup>176</sup>, so wirk-ten doch die in diesem Besatzungsgesetz mit Modellcharakter publizierten Grund-sätze zu einem guten Teil im späteren Beamtenrecht des Bundes weiter.

## VII. Rechtsschutz gegen Akte der öffentlichen Gewalt. (Verwaltungsgerichtsbarkeit).

Eine allmächtige Exekutive, die mehr und mehr Lebensbereiche an sich zog und die dem „völkischen Nutzen“ nicht dienstbare Gewaltenteilung zunichte machte, hatte dem totalen Staat das Rückgrat gegeben. Schon vorher war die Gewaltungs-gerichtsbarkeit in den meisten deutschen Ländern keine umfassende im Sinne einer Generalklausel (Enumerationsprinzip). Und auch in diesem Umfang wurde sie vom NS-Staat höchstens in der Theorie bejaht; in der Praxis war man bemüht, die Nachprüfung von Verwaltungsakten durch unabhängige Gerichte nach und nach

171) Die Weimarer Verfassung (Art. 39) kannte keine Entscheidungspflicht des Beamten zwischen beiden Funktionen, vgl. Hatschek I/359 ff. (1922). Zur Geschichte der Inkompatibilität in Deutschland vgl. Carl Schmitt, Verfassungslehre, Berlin 1928, S. 190. Zu § 26 MRG Nr. 15: „Glossen“ in AöR Bd. 75/105 und 366.

172) Vgl. DRZ 49/324 und 134.

173) AöR 76/92; Maier-Remer in DRZ 50/293; Deutscher Juristentag 1950 (DRZ 50/446); der württ.-bad. VGH hielt § 63 DBG für verfassungswidrig u. schon seit MRG Nr. 1 Art. III nicht mehr für anwendbar (DVBl 51/760), ebenso Giese JZ 53/170.

174) BGBl. 50/279, § 63.

175) § 13 MRG Nr. 15; für eine Übertragung dieser Grundsätze schon Loewenstein S. 1020.

176) AHKG Nr. 8 vom 1. 5. 50 (ABl S. 381).

abzubauen und nur noch die Dienstaufsichtsbeschwerde zuzulassen<sup>177</sup>. Deshalb begniete die Besatzung gerade der Exekutive mit größtem Mißtrauen, auch dann noch, als sie in ihren Funktionen auf ein normales Maß zurückgeführt war. Der Verwaltungsgerichtsbarkeit sollte die Aufgabe einer rechtsstaatlichen Sicherung und kritischen Überprüfung der Exekutivakte zufallen. Ihre Wiedererrichtung und Ausstattung mit weitreichenden Prüfungsbefugnissen ließ sich die Besatzung angelegen sein. Ihre Einwirkung ging auf diesem Gebiet weiter als diejenige auf die ordentliche Gerichtsbarkeit<sup>178</sup>.

Den Anstoß gab der Kontrollrat am 10. 10. 1946 mit dem KRG Nr. 36, das die Wiedererrichtung anordnete, nachdem durch das MRG Nr. 2 die Gerichte aller Sparten vorübergehend geschlossen worden waren. Das KRG Nr. 36 begnügte sich mit wenigen Rahmenvorschriften, in denen über Gerichtsverfassung und Verfahren nichts gesagt war, und überließ die Ausführung den Zonenbefehlshabern im Wege der Ermächtigung.

Die französische Zone verdient keine Hervorhebung<sup>179</sup>. Die durch Verfügung Nr. 76 wieder eingeführte Verwaltungsgerichtsbarkeit wurde nicht grundsätzlich neu geordnet, vielmehr setzten die Länder vorläufig die frühere Fassung ihrer Verwaltungsrechtspflegegesetze mit geringfügigen Abänderungen wieder in Kraft. Dagegen entstand in der US- und britischen Zone eine Neuregelung unter Besatzungseinfluß, die sich in beiden Zonen in verschiedener Weise äußerte<sup>180</sup>. In der US-Zone wurde ein nach Direktiven der Besatzung von einem deutschen Ausschuß von Fachleuten geschaffener Entwurf von den im Länderrat zusammengeschlossenen Ländern als Verwaltungsgerichtsgesetz verkündet<sup>181</sup>. In der britischen Zone erging eine Regelung von straffer Einheitlichkeit, da die Militärregierung die Materie durch unmittelbare Besatzungsgesetze regelte<sup>182</sup>.

Durch das KRG Nr. 36 war als eine der wenigen Fragen schon das Verhältnis von Verwaltungsrechtspflege und Justiz vorgezeichnet. So wie in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts in Deutschland die aus Frankreich stammende Idee der Verwaltungsgerichtsbarkeit über die justizstaatliche Richtung den Sieg davongetragen hatte<sup>183</sup>, stand auch nach der Neuregelung der Verwaltungsrechtsschutz außerhalb der Justiz, obwohl die USA nur die justizstaatliche Form kennen.

Im Verhältnis zur Verwaltung war neu, daß die Verwaltungsgerichte erster Stufe nicht wie früher nach preußischem Recht mit den Verwaltungsbehörden zusammenfielen, sondern als selbständige, lediglich organisatorisch an die Verwaltung angelehnte, nur dem Gesetz unterworfenen Gerichte wirken sollten. Während beide Zonen in dieser Art selbständige Verwaltungsgerichte schufen, war in personeller Hinsicht in der britischen Zone die Trennung von der aktiven Verwaltung eine schärfere als in der US-Zone. Nach der MRVO Nr. 165 durfte sich ein Verwaltungsrichter außer Stimmrechtsausübung bei Wahlen nicht politisch betätigen (§ 17 II). Er konnte als Beamter nur Hilfsrichter auf Zeit sein (§ 5). In der US-Zone dagegen konnten auch Verwaltungsbeamte ordentliche Mitglieder eines Verwaltungsgerichts sein. Die Abhängigkeit als Beamter sollte die Unabhängigkeit als Richter nicht ausschließen, solange hauptamtliche Richter im gleichen Kollegium tätig waren<sup>184</sup>.

177) Totzek in AöR 75/196; als spätere Rechtsquellen des Abbaus vgl. die Verordnung zur Vereinfachung der Verwaltung in Verbindung mit der 2. VO gleichen Namens (RGBl I/1939 S. 1535, 2168).

178) Ipsen, Deutsche Gerichtsbarkeit unter Besatzungshoheit, S. 93.

179) Dazu DRZ 46/109 und 47/409.

180) Vgl. Jellinek, „Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der amerikanischen Zone“, DRZ 48/269 ff. und „Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone“, DRZ 48/470 ff.

181) Bayern GVBl 46/281; Württ.-Baden Reg.Bl. 46/221; Hessen GVBl 46/194, 49/137; Bremen GBl. 47/171.

182) VO Nr. 141 (VOBl BZ 48/111) u. eingehend VO Nr. 165 (VOBl. BZ 48/263).

183) Damals für selbständige Verwaltungsgerichte Rudolf v. Gneist, Vertreter der Gegenmeinung Otto Bähr, der sich auf § 182 der Paulskirchenverfassung von 1849 stützen konnte.

184) Hess. VGH in DVBl 1953/50.

Das Kernstück der Reform aber lag in beiden Zonen in der Ausdehnung verwaltungsgerichtlicher Zuständigkeit. Die Verwaltungsrechtspflege sollte sich nicht nur auf einzelne Gegenstände beziehen, sondern einen lückenlosen Rechtsschutz in allen Streitigkeiten des öffentlichen Rechts nicht verfassungsrechtlicher Art gewährleisten. Während in den früheren Landesrechten die Enumerationsmethode überwogen hatte<sup>185</sup>, brachten nun die angelsächsischen Besatzungsmächte die Auffassung mit, daß nur die Generalklausel rechtsstaatlichen Grundsätzen voll gerecht werden und den Gefahren eines Verwaltungsübergewichts begegnen könnte. Die umfassende Zuständigkeitsklausel<sup>186</sup> bot einen gegen früher erweiterten Rechtsschutz auch insofern, als über eine kassatorische Tätigkeit hinaus den Gerichten die Befugnis zusteht, Träger öffentlicher Gewalt zur Vornahme von Amtshandlungen zu verurteilen. Erst diese Erweiterung verbürgte einen ausreichenden Rechtsschutz des Einzelnen gegenüber dem Staat<sup>187</sup>.

So verdankt der wichtige Grundsatz der verwaltungsgerichtlichen Generalklausel seine Einführung als allgemeine Norm den Befehlen der Militärregierung, in der US-Zone durch Herbeiführung vorkonstitutioneller Regierungsgesetze, in der britischen Zone durch direkte Anordnung. Es ist erstaunlich, daß dieser Grundsatz im KRG Nr. 36 nicht angedeutet war und daß er später nicht überall unter den besonderen Schutz der Landesverfassungen genommen wurde<sup>188</sup>. Die Ausdehnung des Rechtsschutzes, nach dem Gesagten ein hervorragendes Besatzungsziel, wurde in Deutschland unterschiedlich aufgenommen<sup>189</sup>.

Die Neuregelung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in den süddeutschen Ländern und in der britischen Zone war trotz der Schwierigkeiten der Übergangszeit ein „wirklich großer Wurf“<sup>190</sup>. Sie ist eine derjenigen Besatzungsreformen, die für lange Zeit Bestand haben, da viele Bestimmungen in die Verwaltungsgerichtsordnung des Bundes übergehen werden. Der Unterschied in der Regelung der beiden Besatzungszonen, der in dem abweichenden Wortlaut einzelner Bestimmungen wie in der Form der Besetzungseinwirkung zum Ausdruck kam – hier von den Ländern abänderbare Einzelgesetze, dort einheitliche Zonenregelung – wurde in der praktischen Bewährung von den Gemeinsamkeiten beider Regelungen überwogen.

185) In Bayern, Hessen und einigen kleineren Ländern galt sie vollständig, in Preußen außer auf den Gebieten von Polizei und Finanz.

186) §§ 22, 35 VGG; §§ 22–24 MRVO Nr. 165.

187) Vgl. Bachof im Vorwort zu: „Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung“, Tübingen 1951.

188) Z. B. erwähnt die Hess. Verfassung die Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht, in Bayern sagt Art. 93 lediglich: „Verwaltungsgerichtliche Streitigkeiten entscheiden die Verwaltungsgerichte.“

189) U. Weber (Weimarer Verfassung und Bonner Grundgesetz, 1949) kritisiert – wohl zu Unrecht – eine umfassende justizförmige Verwaltungskontrolle. Er meint, die Verhältnisse drängten zum Verwaltungsstaat hin. Demgegenüber begrüßt C. H. Ule (Das Bonner Grundgesetz und die Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1950) den Versuch, dem Geist der Zeit zum Trotz die Macht unter das Recht zu beugen.

190) Bachof in DRZ 50/341. Das gibt auch Werner, JZ 54/559 unter Ziff. 8, zu, der im übrigen die Dinge mehr aus der nachträglichen Sicht der (bis jetzt noch nicht in Kraft getretenen) VGO des Bundes sieht.

## Zweiter Hauptteil.

### **Der Einfluß der Besetzung auf die drei Erscheinungsformen der Staatsgewalt.**

#### **I. Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung in ihrem**

##### **Zusammenhang in der Besatzungslage.**

Jede politische Organisation eines Staatswesens muß drei grundlegende Aufgaben erfüllen: Sie muß Rechtssätze mit verbindlicher Kraft aufstellen; sie muß Organe bestellen, die diese Rechtssätze anwenden und ausführen; schließlich muß sie Organe schaffen, die im Streitfall über die Anwendung dieser Rechtssätze verbindlich entscheiden und ihre Verletzung strafrechtlich verfolgen.

Das Ineinandergreifen dieser drei Gewalten hat sich als ein System wohlabgewogener Ordnung im Rechtsstaat der Neuzeit entwickelt. Am Prinzip der Gewaltenteilung ist auch in der Besatzungszeit nach 1945 in der Länderverfassungen der Westzonen festgehalten. Aber der Wortlaut der Verfassungen entsprach in vielem noch nicht der Wirklichkeit. In der Übergangszeit konnte sich das Ineinandergreifen der drei Gewalten nicht in der Weise entwickeln, wie es in den Verfassungen vorgezeichnet war. Es wurde vielmehr durch die Besetzung in einer typischen Weise beeinflusst. Die Emanzipierung der dritten Gewalt mit dem Zug zur Juridifizierung selbst letzter Fragen des Politischen lag in der Konzeption der Länderverfassungen. Die Rechtsprechung konnte sich aber nicht in dieser Richtung entfalten, solange der Vorrang der Besetzung dauerte<sup>1</sup>. Während die deutsche Legislative und Exekutive bei voller äußerer Befugnisentfaltung weithin zur Verfügung der Besatzungsmacht standen, blieb die Gerichtsbarkeit in den vorgesehenen Befugnissen zurück, da sie als ihrem Wesen nach weisungsfreie Hoheitstätigkeit nicht in dem Umfang wie die beiden anderen Gewalten der Besatzungskontrolle unterliegen konnte.

Es soll nun untersucht werden, in welcher Weise die Funktionen innerhalb jeder der drei Gewalten unter der Besatzungsherrschaft ausgeübt wurden. Dabei kam es ebenso zu einer äußeren Funktionsteilung in einen deutschen und einen Besatzungsbereich wie zu einer Einflußnahme der Besetzung auf eine nach außen hin einheitlich bleibende Staatsfunktion. Trotz des Entwicklungscharakters des Okkupationsregimes läßt sich eine solche Betrachtung anstellen, weil auch in der Dynamik der Besatzungslage die Äußerungen der Besatzungsgewalt zahlreiche gemeinsame Erscheinungsformen haben<sup>2</sup>. Der Einfluß von Besatzungsorganen soll hier nur im Sinne echter Einwirkungen verstanden werden, also der rechtlich gewollten Eingriffe in den deutschen Bereich, ohne Berücksichtigung bloßer Nebenfolgen der Besetzung und der Vorgänge aus ihrem inneren Hoheitsbereich<sup>3</sup>.

#### **II. Besatzungsrecht und Gesetzgebung.**

Die Besatzungsgewalt bediente sich gerade der Gesetzgebung als eines wichtigen Mittels der Besatzungspolitik, wie die Fülle und das inhaltliche Gewicht der

1) Werner Weber bei Besprechung des Buches von Ipsen in AöR Bd. 75/374.

2) Handbuch § 7 (am Anfang).

3) Die sogenannten „Auswirkungen“ und „Internat“ der Besetzung (Handbuch § 20, III und IV). Zu den letzteren auch BGHSt Band 2/398.

von ihr erlassenen Normen zeigen. Da aber die Besatzungsgewalt monistisch aufgebaut ist und im Grundsatz für ihren Bereich drei Funktionen der Staatsgewalt in sich vereinigt, läßt sich ihre Tätigkeit als Gesetzgeber nicht immer klar und eindeutig nach der Normallage des besatzungsfreien rechtsstaatlichen Schemas einordnen. Es gibt keine Gewaltenteilung<sup>4</sup> im strengen Sinne gegenseitiger Balance und Kontrolle, sondern höchstens verschiedene Funktionen der einheitlichen Besatzungsgewalt von mehr formaler Abgrenzung gegeneinander. So gibt es auch nicht den Unterschied von Gesetzen im formellen und im materiellen Sinne. Da die Gesetze der Besatzungsmacht nicht als gemeinsamer Willensakt einer Regierung und einer Volksvertretung entstanden, verwischte sich der Unterschied zur bloßen Rechtsverordnung und damit der Unterschied von ursprünglichen und abgeleiteten Rechtsquellen<sup>5</sup>.

Darüber hinaus konnte es im Einzelfall zweifelhaft sein, ob die Besatzungsmacht eine rechtssetzende Tätigkeit entfaltete oder eine Exekutivmaßnahme traf. Die schematische Abgrenzung ergibt sich daraus, daß Gesetze der Besatzung nur solche Anordnungen sind, die in abstrakter und genereller Form Rechte und Pflichten der Bevölkerung zum Gegenstand haben, also sich in Form eines Rechtssatzes an die Bürger wenden, nicht nur einer deutschen Regierung Anweisungen und Vorschläge oder bestimmten Einzelnen Befehle geben. Die äußeren Beziehungen einer rechtssetzenden Tätigkeit waren für die Abgrenzung völlig unsicher. Die Kennzeichnungen als Proklamationen, Gesetze, Verordnungen, Befehle, Direktiven, Anordnungen, Bekanntmachungen usw. waren nicht eindeutig und ließen keinen sicheren Schluß auf den materiellen Gehalt zu<sup>6</sup>.

Als weitere Besonderheit war die Besatzungsmacht kein ausschließlich tätiges Gesetzgebungsorgan von gleichbleibender Zuständigkeit, da sie in der zeitlichen Entwicklung zur bloßen Kontrollbehörde hin tendierte und sozusagen ein Komplementärorgan der von ihr ins Leben gerufenen deutschen Stellen darstellte. Der Gesamtumfang der Rechtssetzung ergab sich erst aus dem Wirken beider Gesetzgebungsträger.

Im einzelnen kann man zwischen aufhebender, die Fortgeltung bestätigender und neuschöpfender Tätigkeit der Besatzung unterscheiden.

### 1. Außerkraftsetzung bisherigen Rechts.

Auf zwei Arten kann geltendes Staatsrecht außer Kraft gesetzt werden: Eine Norm kann ganz oder teilweise ausdrücklich aufgehoben oder abgeändert werden, wie es in einer Reihe von Kontrollratsgesetzen der ersten Zeit geschah, oder aber es werden mit bisherigem Recht inhaltlich nicht vereinbare Normen erlassen, die kraft Vorrangs des Besatzungsrechts das frühere Recht ohne Nennung im einzelnen durch eine abändernde Neuregelung beseitigen<sup>7</sup>. Diese mittelbare Art der Abänderung ist einer klaren Gesetzgebung wenig förderlich. Sie wurde aber auch bei früheren Besetzungen schon angewendet<sup>8</sup>.

So heißt es in einigen Gesetzen der Militärregierungen der Zonen: „Die Vorschriften dieses Gesetzes gehen den ihnen widersprechenden Bestimmungen des deutschen Rechts vor“<sup>9</sup>. Es ist sehr zweifelhaft, ob bei diesen Formulierungen nur

<sup>4</sup> Virally S. 93; Handbuch § 7 S. 7 und § 25 S. 2.

<sup>5</sup> Handbuch § 25 S. 5.

<sup>6</sup> Beispiele sind: Die Allgemeine Anweisung an Richter Nr. 1 (unten IV 2 c) und die als „Direktiven“ bezeichneten Rechtsnormen, die eine Gewerbefreiheit weiten Umfangs durchsetzten (Fecker, JR 50/542 und oben I. Hauptteil unter III 1). Mindestens mußten die Anordnungen der Allgemeinheit bekanntgegeben sein, um die Qualität einer Rechtsnorm zu haben: OVG Münster in OVGE Bd. 6/112.

<sup>7</sup> Loewenstein, S. 746.

<sup>8</sup> RGZ 105/179 (191). Auch im innerdeutschen Staatsrecht wird es für zulässig gehalten, daß der Gesetzgeber eine positive, allgemein gefaßte Rechtsnorm setzt, aus deren Inhalt sich das Außerkrafttreten entgegenstehenden Rechts von selbst ergibt (BVerfGer. in JZ 54/32 [36]).

<sup>9</sup> Z. B. US MRG Nr. 75 Art. 7; US MRG Nr. 53 Art. VI (alte Fassung).

an technische Widersprüche gedacht war, so daß der deutsche Richter nicht in den Konflikt hätte kommen können, im Einzelfall den deutschen ordre public verleugnen zu sollen<sup>10</sup>. Denn in anderen Besetzungsgesetzen war diese Kollisionsnorm noch schärfer und umfassender formuliert, so etwa in Art. VI des US MRG Nr. 56:

„Durch dieses Gesetz und alle auf Grund desselben erlassenen Ausführungsverordnungen, Anordnungen und Anweisungen gelten alle Bestimmungen des deutschen Rechts, die mit diesem Gesetz in Widerspruch stehen, als aufgehoben, geändert, ergänzt oder ersetzt.“

Durch derartige summarische Regelungen entstanden Zweifel und Unklarheiten bei der Gesetzesanwendung<sup>11</sup>. Die Kraft einer derartigen Klausel reichte nicht so weit, anlässlich der Aufhebung von nationalsozialistischen Gesetzen, die ihrerseits eine Aufhebung verfügt hatten, diese früher aufgehobenen Rechtssätze wieder aufleben zu lassen<sup>12</sup>.

Einer echten Aufhebung bedurfte es nicht bei gewissen qualifizierten Normen. Für das frühere Staatsrecht in seinem Kern, das Reichsverfassungsrecht des Dritten Reiches, wirkte ein etwaiger Aufhebungsakt nur deklaratorisch<sup>13</sup>. Das staatsrechtliche Normenskelett, die Grundstruktur, war schon durch die Macht der Tatsachen beseitigt<sup>14 15</sup>. Mit dem Wegfall der tragenden Institutionen – des „Großdeutschen Reiches“ als Einheitsstaat, der NS-Partei, der Wehrmacht – war die durch diese verkörperte Verfassung im ganzen weggefallen. Beim faktischen Untergang einer bisherigen Staatsverfassung erscheint ein Fortbestehen einzelner Bestimmungen, selbst „technisch-neutralen Charakters“<sup>16</sup>, nicht denkbar. So konnten auch einzelne Bestimmungen der Weimarer Reichsverfassung, etwa Art. 131, über 1933 und 1945 hinweg höchstens als einfaches Gesetzesrecht Geltung haben.

Neben dieser klarstellenden Aufhebung blieb auch ein weiter Raum für konstitutive Aufhebungsgesetze der Besatzung. Denn von den obigen Ausnahmen abgesehen galt die Vermutung für den Fortbestand der deutschen Rechtsordnung auch im Bereich des öffentlichen Rechts<sup>17</sup>. Diese Vermutung bezieht sich auch auf die Zeit 1933–1945. Das nicht zu den eigentlichen Verfassungsnormen gehörende nationalsozialistische Gesetzesrecht überdauerte den 8. Mai 1945 und war einer echten Aufhebung zugänglich. Es kann nicht schlechthin und insgesamt als nichtig von vornherein angesehen werden<sup>18</sup>.

10) In diesem Sinne: Lange, Zur Strafbarkeit von Personenverbänden, JZ 52/263. Die dort wiedergegebene rechtspolitische Ansicht dürfte sich nicht mit der Praxis der ersten Besatzungszeit vereinbaren lassen.

11) Einen beispielhaften Fall erörtert Loewenstein, S. 1008 unter 61 mit § 79 des KRG Nr. 16 (Ehegesetz); vgl. auch Huber in JZ 54/376 (rechts oben) zu US MRG Nr. 56.

12) OLG Koblenz in NJW 54/206.

13) Geiler, Die völkerrechtliche Lage Deutschlands, S. 20; Stödter, DV 48/21; BGHZ 1/369 (375) unter Hinweis auf Art. 30 EGBGB; Württ.-Bad. VGH in ESVGH Bd. 2 (1953) S. 23; überhaupt wird der Kreis der einer neuen Verfassungsstruktur widersprechenden Gesetze von der Rechtspr. nicht eng gezogen, vgl. zum Schriftleitergesetz vom 4. 10. 33 OLG Koblenz in NJW 54/206.

14) Diese Frage ist ebenso für die Prüfungsbefugnis bei Anwendung von Normen bedeutsam (unten IV 4).

15) Aber auch nur in diesem Umfang fiel geltendes Staatsrecht weg. Das auf Grund einer in Verfassungsbestimmungen enthaltenen selbständigen Ermächtigung geschaffene Recht blieb von dem Wegfall der Ermächtigung unberührt (BVerfGE Bd. 1/262 für selbständige VO, nicht bloße Ausführungsverordnungen, die auf verfassungsmäßiger Kompetenzverteilung beruhen oder derogatorische Kraft gegenüber Gesetzen erlangt hatten). Am meisten erörtert war die Frage für eine Polizeiverordnung über die Werbung auf dem Gebiet des Heilwesens, die über eine weitere Ermächtigung auf § 5 des Gesetzes über den Neuaufbau des Reiches zurückging: OLG Bremen, DVBl 52/564; bestätigend BGH in NJW 53/1802 u. BayObLG in NJW 55/400; vgl. auch Giese in JZ 53/169. Weiter war beispielsweise die spontane Errichtung von Betriebsräten rechtsgültig, obwohl das NS-Arbeitsverfassungsrecht formell noch nicht beseitigt und das KRG Nr. 22 noch nicht erlassen war: DOG in NJW 50/302. Zu den Folgerungen im Beamtenrecht BVerfGE Bd. 3/58 ff. („Beamtenurteil“).

16) So aber Grewe S. 76, 78.

17) Dölle-Zweigert S. 290; Zinn NJW 49/684; insoweit richtig auch Grewe S. 77.

18) US MRG Nr. 1 Art. III Ziff. 6; Thoma, DRZ 48/143; Schätzel, AöR Bd. 77/274; VGH Bremen in Verkehrsblatt 52/23; BGH in NJW 52/622; BVerfGer. im „Beamtenurteil“

Die Aufhebungsgesetze nahmen in der Gesetzgebungsarbeit der ersten Besetzungszeit den größten Raum ein. In Anbetracht der formalen Fortgeltung vieler überholter Bestimmungen war es das Ziel dieser Aufhebungen, eine klare Abwendung vom NS-Rechtsdenken zu ermöglichen<sup>19</sup>. Die aufhebenden Gesetze hatten grundsätzlich keine rückwirkende Kraft und ließen auf der Grundlage von NS-Gesetzen vor 1945 ergangene Maßnahmen unberührt<sup>20</sup>. Jedoch lag eine gewisse Rückwirkung der Aufhebung in dem Umstand, daß die aufgehobenen Bestimmungen nicht mehr auf in der Vergangenheit vor 1945 abgeschlossene Tatbestände angewendet werden durften<sup>21</sup>.

Nach der Aufhebung von Vorschriften folgte die positive Neuordnung der betroffenen Rechtsgebiete erst in zeitlichem Abstand oder blieb auch ganz aus. Dadurch wurden ganze Rechtsgebiete von positiven Vorschriften entblößt, was zu weiterer Unsicherheit beitrug<sup>22</sup>.

## 2. Die Besatzung als Willensträger weitergeltenden Rechts.

Infolge der allumfassenden Einwirkung der Besatzungshoheit blieb auch das scheinbar unverändert fortgeltende Recht nicht unbeeinflußt von der Besatzungslage. Auch seine Geltung leitete sich vom Zeitpunkt der Besetzung an nicht mehr nur von einem früheren Gesetzgeber her, der es ins Leben gerufen hatte, sondern zugleich von der stillschweigenden oder ausdrücklichen Anerkennung der Besatzungsmächte<sup>23</sup>. Mit einer tatsächlichen Duldung war noch kein prüfendes Urteil über die betreffenden Rechtsvorschriften ausgesprochen. Nach der einen Ansicht war die überwiegende Rechtskontinuität nur ein notwendiges Übel, um ein sonst unvermeidliches Chaos zu verhüten. Aus reinen Zweckmäßigkeitserwägungen sollten die beibehaltenen Normen vorläufig weiter in Kraft geblieben sein, sie sollten unter dem Vorbehalt baldiger Abänderung stehen<sup>24</sup>. Nach der anderen Auffassung, die eher billigenswert ist, stellt die Rechtskontinuität nicht in jedem Falle eine Verlegenheitslösung dar. Diese Auffassung hat in der Besatzungsgesetzgebung selbst eine Stütze. Als Gegenschuß aus KRG Nr. 1 und positiv aus Art. II der US-Proklamation Nr. 2 ergibt sich, daß das zur Zeit der Besetzung in Kraft befindliche deutsche Recht für weiter anwendbar erklärt wurde, ohne daß es danach noch zu Aufhebungen größeren Umfangs kam. Bei dieser Praxis der Besatzung kann

BVerfGE Bd. 3/58 ff. = JZ 54/76 (81), das Gericht führt dabei den Begriff der „soziologischen Geltung“ ein, zweifelnd dazu Forsthoff DVBl 54/71.

Für Nichtigkeit: OLG Tübingen in DRZ 48/141 u. Arndt zum „Garbe-Urteil“ des OLG Kiel in SJZ 47/330; jedoch nähern sich die Standpunkte dadurch an, daß die Anhänger der Nichtigkeitstheorie Gültiggewordensein durch Gewohnheitsrecht annehmen, vgl. Arndt DRZ 48/240, eine Meinung, die in ähnlicher Form schon in der Frühzeit des Völkerrechts anklingt: Vitoria (De potestate civ. 23): „Gesetze sind auch dann verbindlich, wenn sie von einem Tyrannen erlassen sind, nicht weil der Tyrann sie erlassen hat, sondern weil die Gemeinschaft ihnen zustimmt.“ Andererseits zur desuetudo Giese in JZ 53/170.

War die Nichtigkeit bisher von Gegnern des NS. vertreten worden, so zeichnet sich im Zusammenhang mit dem „Beamtenurteil“ des BVerfGer. neuerdings unter den Betroffenen im Schrifttum eine Meinung ab, die bestimmte Eingriffe als nichtig und damit bis dahin wohlherworbene Rechte als noch fortbestehend ansehen möchte, in diesem Sinne auch BGH (Gr.ZivS.) in JZ 54/497.

Die Diskussion zur „Rechtssetzung im Unrechtsstaat“ ist trotz der Kompromißlösung der „Radbruchschen Formel“ (SJZ 46/105), die die Rechtsprechung stark beeinflusste, (vgl. BVerfGE 3/225 = JZ 54/32) heute noch im Fluß.

19) Hier spricht Loewenstein (S. 730) von „Institutioneller Entnazifizierung“, die er neben die personelle stellt.

20) Z. B. Maßnahmen auf Grund des Reichserbhofgesetzes, Art. X Ziff. 2 KRG Nr. 45, Board of Review Entsch. 51/41 in JZ 51/602; weiter OVG Münster in OVGE 6/112; Ab-erkennung der deutschen Staatsangehörigkeit gegen Juden nach 11. VO Reichsbürgergesetz: OLG Bamberg JZ 51/510.

21) Schröder in DRZ 49/318.

22) Z. B. im Arbeitsverfassungsrecht durch das KRG Nr. 40.

23) Auch vor 1945 geschaffene Gesetze müssen so ausgelegt werden, als ob sie in der Besatzungszeit verkündet worden wären: LVG Rheinland-Pfalz DVBl 53/151 = JZ 53/182.

24) Stolper S. 96, offenbar auch Arndt in DRZ 48/241.

schwerlich behauptet werden, es sei gerade die Frage, welche Vorschriften zur Zeit der Besetzung in Kraft gewesen seien und diese überdauert hätten<sup>25</sup>.

Zudem brauchte die Entstehungszeit nicht durchweg ein Makel des Gesetzes in sachlicher Hinsicht zu sein<sup>26</sup>. Einzelne Abschnitte des Deutschen Beamtengesetzes von 1937, der Deutschen Gemeindeordnung von 1935 und des Reichsjugendgerichtsgesetzes von 1943 waren Beispiele hierfür, die sich weiter vermehren lassen. Die Besatzungsmächte gaben allen diesen fortbestehenden Gesetzen den neuen Geltungsgrund ihrer eigenen Billigung, soweit sie von dem Recht einer abändernden Regelung keinen Gebrauch machten, das ihnen in weiten Bereichen zustand. Wieweit die überkommenen Regeln der Haager Landkriegsordnung, insbesondere Art. 43, damit vereinbar waren, soll unten geprüft werden<sup>27</sup>. Die Durchbrechung der Landesgesetze konnte bei der Vielzahl der Fälle in eine qualitative Umgestaltung übergehen, die die Regel der Beachtung von Landesgesetzen in Frage stellte.

Weiter zeigte sich der besatzungsrechtliche Einfluß darin, daß im Wortlaut unverändertes Recht einen neuen Sinn erhalten konnte und in den Dienst von Besetzungsaufgaben trat. Es gibt auch eine verändernde Entwicklung einer Rechtsnorm bei gleichgebliebenem Gesetzestext: Die Auslegung und Anwendung nicht ausdrücklich aufgehobener Vorschriften nach NS-Grundsätzen wurde untersagt<sup>28</sup>. Diese Beschränkung konnte dazu führen, daß ein Gesetz aus der Zeit des Dritten Reiches auch ohne Aufhebung dann unanwendbar bleiben mußte, wenn es Ungleichheit oder Ungerechtigkeit gefördert hätte. Den deutschen Organen erwuchs insoweit eine weitgreifende Prüfungspflicht und Prüfungsbefugnis<sup>29</sup>.

### 3. Die Besatzungsmächte als Gesetzgeber neuer Rechtssetzung.

#### a) Kompetenzentziehung als Form des Tätigwerdens.

Der Besatzungseinfluß konnte sich in zwei Richtungen zeigen: Die besetzenden Mächte setzten Normen unter Ausschluß deutscher Gesetzgebung und wirkten weiterhin an der Rechtssetzung deutscher Stellen mit. Während bei früheren Besetzungen von den drei Erscheinungsformen der Staatsgewalt des besetzten Gebietes die Legislative im geringsten Umfang beansprucht wurde (Art. 43 HLKO), stellten nach 1945 in Deutschland die besetzenden Mächte im Kontrollrat wie in den Zonen die Form gesetzgeberischer Tätigkeit besonders in den Vordergrund und versuchten zur Erreichung ihrer Besatzungsziele die innerdeutsche Gesetzgebung in systematischem Vorgehen in ihre Hand zu nehmen<sup>30</sup>. Erst später kamen Zweifel, ob ein rechtsstaatliches System durch Anordnungen erstrebt werden könnte, wo doch auf die Dauer die rechtsstaatliche Gesetzgebung sich auf einen autonomen Volkswillen zurückführen lassen muß. In der US-Zone läßt sich diese Entwicklung an der Umgestaltung des Wirtschaftsrates verfolgen<sup>31</sup>.

Auf Grund der durch die Verhältnisse gegebenen Funktionenteilung bestanden zwei Arten von Gesetzgebungsorganen im Besatzungsgebiet: Die alliierte Gesetzgebungshoheit als Teilinhalt der Besatzungsgewalt und unter ihr deutsche Stellen mit einem kontrollierten Wirkungsbereich, der unter b) zu erörtern ist. Die Funktionenteilung war eine ungleichmäßige und unvollkommene. Ungleichmäßig deshalb, weil die Besatzung den größeren Teil der Befugnisse innehatte, während im

25) Arndt a. a. O.

26) Für Weitergeltung von Gesetzen, die „mit dem Nationalsozialismus inhaltlich nichts als ein fatales Datum gemeinsam haben“: Gamillscheg, JZ 55/125.

27) 3. Hauptteil III 2 b.

28) US MRG Nr. 1 Art. III Ziff. 4 und 6.

29) Dazu unten IV 4 b cc. Die deutschen Gerichte konnten also NS-Gesetze von Fall zu Fall überprüfen, die besatzungsrechtliche Nichtaufhebung sollte keine abschließende Billigung sein (v. Schenk, JZ 53/135).

30) Virally S. 5 und 93: „In einem rechtsstaatlichen System, wie die Alliierten es in Deutschland errichten wollen, bildet die Mitwirkung an der Ausarbeitung der verbindlichen Normen einen wesentlichen Teil der politischen Macht.“

31) Proklamationen Nr. 5 und 7.

Laufe der Entwicklung sich dieses Verhältnis zugunsten der deutschen Stellen verschob. Unvollkommen war die Teilung der Befugnisbereiche, weil der selbständigen Rechtssetzungsbefugnis der Besatzung keine gleichgeartete deutscher Organe entsprach. Vielmehr wirkte die Besatzung durch ein System von Genehmigungen und Einspruchsrechten auch in den deutschen Bereich hinein. Das Alleingesetzgebungsrecht der Besatzungsmacht wurde erst im Verlaufe der Besetzungszeit aus der Fülle der Gesamtbefugnisse auf einzelne vorbehaltene Materien abgegrenzt und beschränkt<sup>32</sup>.

b) Kompetenzbeschränkung als Form des Tätigwerdens.

Die deutschen Stellen wurden in den ihnen eingeräumten Gesetzgebungsbefugnissen in der Art beschränkt, daß Normen im Zusammenwirken mit der Besatzungsmacht zustande kamen. Hierbei war es eine für die Übergangszeit bezeichnende Lage, daß ein selbständiges, von der Exekutive getrenntes Gesetzgebungsorgan entstehen sollte (gewählte Landtage anstelle der anfangs zuständigen Ministerpräsidenten), während doch echte Spannungsverhältnisse zwischen den verschiedenen deutschen Gewalten nicht zur Auswirkung kamen, weil diese insgesamt überlagert blieben von einer monistischen Besatzungsgewalt. Es wurde ein rechtsstaatliches System formell in Funktion gesetzt, während die mit jeder Organstellung verbundene politische Macht zum guten Teil auf den Träger einer übergeordneten Besatzungsgewalt abgezweigt blieb<sup>33</sup>.

Die Teilung legislativer Befugnisse in ein Gesetzgebungs- und ein Genehmigungsverfahren mußte grundsätzlichen rechtsstaatlichen Bedenken begegnen. Sie war geeignet, die Verantwortlichkeiten zu verwischen und konnte das eine Norm ausarbeitende deutsche Organ veranlassen, die beabsichtigte Regelung auf die vermutliche Ansicht des besatzungsrechtlichen Genehmigungsträgers abzustimmen<sup>34</sup>. Durch die Besatzungseinwirkung ergaben sich gewisse „aufgelockerte Formen“<sup>35</sup> der Rechtssetzung, die nicht frei waren von einem exekutiven Einschlag.

aa) Stufen und Formen der Beschränkung.

Die Beschränkung der deutschen rechtssetzenden Tätigkeit zeigte sich in verschiedenen Formen und Stufen, in denen autoritäre und demokratische Organe in ein und demselben Verfahren zusammenwirkten. Eine besatzungsrechtliche Einflußnahme auf die gesetzgebende Tätigkeit deutscher Organe konnte in folgenden Stadien zutage treten<sup>36</sup>:

1. Vorbereitung des Gesetzes,
2. Entscheidung über den Erlaß,
3. Verkündung des Gesetzes,
4. Aufsichts- und Einspruchsrechte nach erfolgter Verkündung, hier wieder nach freiem Ermessen oder nach gesetzlich umgrenzten Voraussetzungen. Der Einspruch konnte verbunden sein mit der Aufforderung, die Verkündung zur nochmaligen Prüfung und Änderung auszusetzen, oder er brachte die endgültige Ablehnung des Gesetzes zum Ausdruck.

Am frühesten und mit der größten Konsequenz setzte die Entwicklung in der amerikanischen Besatzungszone ein. Zuerst wurden die Stationen 1 und 3 deutschen

32) Dieses Alleingesetzgebungsrecht hatte einen exekutiven Einschlag und entbehrte der formellen rechtsstaatlichen Sicherungen. Ebenso wie diesen Akten gegenüber das richterliche Prüfungsrecht versagt war (unten IV 4), bestand auch keine Verpflichtung des späteren Bundesgesetzgebers, mit dem Grundgesetz nicht in Einklang stehende Gesetzgebungsmaßnahmen nachträglich auszugleichen. (Urteil des BVerfGer. zum sog. Märzgesetz von Rheinland-Pfalz (10. 3. 50) in BVerfGE Bd. 2/181). Die Frage nach Entschädigung eines „legislativen Unrechts“ (vgl. LG Freiburg, MDR 53/564) kann also im Besatzungsbereich nicht aufgeworfen werden.

33) Loewenstein, S. 1003.

34) Ein ähnliches Problem wirft sich im allgemeinen Staatsrecht auf, wenn der parlamentarische Genehmigungsvorbehalt bei Übertragung rechtssetzender Gewalt durch Ermächtigung an die Exekutive erörtert wird (vgl. Schneider, JZ 52/93).

35) Gallas in DRZ 49/208 (rechte Spalte), der für den Vorbehaltsbereich der Besatzung auf die KR-Direktiven Nr. 10 und Nr. 51 hinweist.

36) Dazu Hoepfner in MDR 49/197 ff.

Stellen übertragen, die Station 2 aber noch als eine Schlüsselposition von der Besatzung festgehalten. Mit dem Wachsen deutscher Eigenbefugnisse verlagerte sich das Hauptgewicht der Einflußnahme auf Station 4, womit sich der Übergang vom Mitwirkungsrecht zur Kontrollbefugnis vollzog, die sich nicht mehr in den Ablauf des eigentlichen Gesetzgebungsverfahrens einschalten konnte. Das dann verbleibende Vetorecht war rein negativer Natur und ermöglichte der Aufsichtsinstanz nicht, selbst gewünschte Änderungen unmittelbar durchzusetzen. Dieser bemerkenswerte Wandel vollzog sich in allen Besatzungszonen, wenn auch mit zeitlichen Unterschieden. Er wurde dadurch eingeleitet, daß nach Errichtung deutscher Parlamente die stärkeren Mitwirkungsrechte der Stationen 1 und 3 begrifflich nicht mehr aufrechtzuerhalten waren. Denn ein Parlament ist im laufenden Gesetzgebungsverfahren Weisungen einer anderen Behörde nicht zugänglich<sup>37</sup>.

Aber auch die verbleibende Kontrolle der Gesetzgebung war mehr als ein formales Aufsichtsverfahren, vielmehr Mittel der Besatzungspolitik und weiterhin Schlüsselposition der Staatskontrolle. So führt Loewenstein aus<sup>38</sup>, auch nach Entstehung selbständiger deutscher Gesetzgebungsorgane sei der legislative Einfluß der US-Militärregierung geblieben, er habe sich nur nach Grad und Formen geändert. Überdies erschöpfte sich der Einfluß der Besatzung auf das Gesetzgebungsverfahren nicht in den durch Rechtsnormen festgelegten Kontrollmöglichkeiten. Durch (nicht veröffentlichte) Richtlinien über den Inhalt eines verlangten Gesetzes übe die Besatzung einen darüber hinausgehenden „stillen“ Einfluß auf die deutsche Gesetzgebung aus<sup>39</sup>.

Auch dort, wo ein Gesetz von der Militärregierung nicht gerade gefordert war, traten die deutschen Sachbearbeiter häufig mit den zuständigen Besatzungsdienststellen vorher in Verbindung, um der Gefahr eines Einspruches zu begegnen und keine nutzlose Arbeit leisten zu müssen. Dieser unter der Oberfläche wirksame Einfluß im Gesetzgebungsverfahren darf nicht übersehen werden. Einzelne Militärregierungen legten den Länderregierungen bestimmte Verpflichtungen auf, die als Befehle zwar nur Aufforderungen zum Erlaß von Gesetzen darstellten<sup>40</sup>, aber mit der Ausführung doch auch in die deutsche Legislative hineinwirkten.

Sofern den deutschen Stellen nicht nur die Vorbereitung von Gesetzen überlassen wurde, waren sie deutsche Gesetzgebungsorgane, nicht nur Hilfsstellen und verlängerte Hand der Besatzungsmacht. Aus der besatzungsrechtlichen Überordnung sich ergebende Aufsichtsrechte stehen dieser Qualifizierung nicht entgegen. Ebenso wurden die unter Mitwirkung der Besatzung von deutschen Organen erlassenen Normen Bestandteil der deutschen Rechtsordnung, wie dies sogar bei den Besatzungsgesetzen des Vorbehaltsbereichs in einem weiteren Sinne angenommen wurde<sup>41</sup>.

#### bb) Die Bedeutung besatzungsrechtlicher Genehmigungen.

Solange deutsche Stellen noch keine generelle Gesetzgebungsbefugnis für bestimmte Materien hatten<sup>42</sup>, sondern die Zustimmung der Besatzung zu jedem Gesetz im Einzelfall benötigten, waren Bedeutung und Rechtsnatur dieser Genehmigung viel erörtert. Es kam vor, daß bei Verkündung des Gesetzes eine gegebene Zustimmung keine Erwähnung fand und daraus Bedenken gegen die Gültigkeit der Norm hergeleitet wurden. Die besatzungsrechtliche Zustimmung war aber nicht der Mitwirkung eines Organs im Gesetzgebungsverfahren des innerdeutschen Staatsrechts gleichzustellen. Selbst im innerdeutschen Recht gibt es nicht den allgemeinen Grundsatz, daß ein Gesetz, um verbindlich zu sein, in der Bekanntmachungsformel die erforderlichen Zustimmungen als erteilt anführen muß<sup>43</sup>. Die

37) Virally, S. 120.

38) Loewenstein, S. 1003, der darin die weiter wirksame „reeducation“ sah.

39) Henle in SJZ 49/575.

40) Stein NJW 50/661.

41) Vgl. oben Einleitung, unter IV.

42) In der US-Zone erst seit der Proklamation Nr. 4 vom 1. März 1947.

43) OGH BZ in MDR 48/412.

Erwähnung der Zustimmung ist dort aber zumindest der Klarheit wegen erwünscht, weil durch die Einhaltung des ordentlichen Verfahrens die Bevölkerung vor Mißgriffen der Legislative geschützt sein soll.

Die besatzungsrechtliche Zustimmung dagegen hatte nur Bedeutung für das Verhältnis der Besatzung zu den deutschen Gesetzgebungsorganen, nicht für die Beziehung zwischen diesen und der deutschen Bevölkerung. Die besatzungsrechtliche Billigung diente nur der allgemeinen Feststellung, daß gegen eine getroffene Regelung vom Besatzungsstandpunkt aus keine Bedenken bestanden, sie bestätigte aber nicht den materiellen Inhalt des Gesetzes mit der Wirkung, dieses schlechthin unangreifbar zu machen. So blieb ein deutsches Gesetz trotz dieser Zustimmung der richterlichen Prüfungsbefugnis zugänglich<sup>44</sup>. Da der besatzungsrechtliche Zustimmung kein Schutzzweck im Verhältnis zu den Normadressaten innewohnte, kam es auf ihre Publikation nicht an<sup>45</sup>. Aus dem Charakter der Zustimmung folgt weiter, daß sie keine Ermächtigung zur Aufhebung oder Abänderung von entgegenstehendem Besatzungsrecht enthielt<sup>46</sup>. Weiter blieb das Besatzungsrecht die übergeordnete Rechtsquelle auch dann, wenn in einer von ihm ergriffenen Materie Landesgesetze genehmigt wurden. In einzelnen Bereichen wurde die Frage praktisch bedeutsam, so im Verhältnis der Rückerstattungsgesetzgebung der US-Militärregierung zu den Entschädigungsgesetzen der Länder<sup>47</sup>.

Alle Einzelfragen lassen sich nach der Grundregel lösen, daß das Genehmigungsverfahren nicht als ein Akt der rechtlichen, sondern der politischen Normenkontrolle gedacht war<sup>48</sup>. Eine solche Kontrollmöglichkeit war im Recht der klassischen Okkupation nicht vorgesehen. Im Mitwirkungsverfahren der Gesetzgebung offenbart sich eine Seite des neuartigen Besatzungsrechts<sup>49</sup>. Neben rechtlichen Zweifeln brachte das Genehmigungsverfahren der ersten Zeit auch äußere Schwierigkeiten, indem es das Gesetzgebungsverfahren mit erheblichen Verzögerungen belastete<sup>50</sup>.

### III. Besatzungsrecht und Verwaltung.

#### 1. Die Verteilung der Befugnisse.

Auch in der Verwaltung wirkten deutsche Behörden und Besatzungsstellen nebeneinander, aber unter Überwiegen der ersteren in der praktischen Verwaltungstätigkeit. In der Verwaltung wurde schon in der ersten Besetzungszeit bei Beginn der Zivilverwaltung der Grundsatz verwirklicht, daß die Besatzung sich auf Kontroll- und Aufsichtsrechte zurückzog. So ergab sich die bezeichnende Situation, daß die Besatzung auf ihrem ureigenen Gebiet – der Exekutive – in den Hintergrund trat und dafür neuartige Lenkungsbefugnisse im Bereich der beiden anderen Gewalten staatlicher Macht übernahm.

Durch ihre Kenntnis der lokalen Verhältnisse waren deutsche Behörden<sup>51</sup> von vornherein zur Mitarbeit berufen und zur Bewältigung der Arbeitslast der allgemeinen Verwaltung auch unentbehrlich. Gesetzgebung und Rechtsprechung hätten

<sup>44</sup> Vgl. unten, unter IV 4.

<sup>45</sup> Urteil des BezVerwGer. Berlin vom 2. 8. 49, NJW 50/884; Schneider in AöR Bd. 75/494 in der Anmerkung zu vier Urteilen des bad. Staatsgerichtshofes, der zugleich den Fall aussondert, daß ein deutsches Organ unter Durchbrechung deutschen Rechts eine Norm setzte. Hier sollte nach Schneider die besatzungsrechtliche Anweisung offenkundig gemacht werden.

<sup>46</sup> Bezirksverwaltungsgericht Berlin a. a. O.

<sup>47</sup> Bial in JZ 51/437, der zugleich darauf hinweist, daß trotz Vorrang von MRG Nr. 59 ein Konkurrenzverhältnis der Ansprüche bestand, das dem Berechtigten die Wahl ließ.

<sup>48</sup> Grewe in AöR Bd. 77/236 ff.; OLG Düsseldorf, HEZ 1/240.

<sup>49</sup> Virally S. 103 unter Hinweis auf anfängliche Zweifel im Kontrollrat, ob die Besatzung echter Gesetzgeber sein könne oder sich auf „militärische“ Befugnisse zu beschränken habe.

<sup>50</sup> VerfGH Rheinland-Pfalz in JZ 51/59.

<sup>51</sup> Die durch die Besatzungsmacht eingesetzten deutschen Beamten waren nicht deren unselbständige Hilfspersonen, sondern Beamte nach deutschem Beamtenrecht: Hess. VGH in ESVGH Bd. 2/141; ebenso BGHZ 10/221 unter Zurückweisung der gegenteiligen Auffassung des OLG Frankfurt a. M.

theoretisch in eine Alleinregie der Besatzung übernommen werden können, bei der Verwaltung war dies bei aller Ausdehnungstendenz der Besatzungsbefugnisse ganz unmöglich. Den dazu erforderlichen Apparat hätte eine besetzende Macht weder dem Umfang nach noch in Bezug auf Landeskenntnis mitbringen können.

Es liegt im Wesen der Verwaltung mit ihrer Fülle von Einzelmaterien, daß eine Teilung der Aufgaben zwischen Besatzung und einheimischen Stellen nicht in dem Maße auf rechtsstaatliche Bedenken stieß wie bei Gesetzgebung und Rechtsprechung, die im rechtsstaatlichen Sinne originär und unteilbar erscheinen. In der Verwaltung gibt es ein weites Feld unselbständiger Ausführung, auf dem die ersten Befugnisse deutscher Stellen lagen. Aber verhältnismäßig bald wurden ihnen auch selbständigere Befugnisse und Regierungsfunktionen eingeräumt.

Es gibt verschiedene Gründe für die frühzeitigen, im Umfang rasch zunehmenden Verwaltungsbefugnisse deutscher Behörden:

- a) Echte Abgabe von Befugnissen unter dem Gedanken fortschreitender Demokratisierung.
- b) Praktische Erwägungen, wo wegen eines weiten Tätigkeitsbereichs oder der Notwendigkeit örtlicher Sachkenntnis das Wirken einheimischer Stellen unerlässlich erschien.
- c) Abwälzung des Verwaltungsrisikos. Es wurden deutsche Behörden als Anweisungsempfänger beauftragt, weil die Besatzung eine etwaige Mißsimmung über die zu treffende Maßnahme oder das Risiko ihres Gelingens nicht ihren Organen zugerechnet wissen wollte<sup>52</sup>.

Die laufende Verwaltungsarbeit war der Ausgangspunkt deutscher Kompetenzen überhaupt. Bei den späteren deutschen Befugnissen konnte man zwei Bereiche unterscheiden<sup>53</sup>: Sie erstreckten sich nicht nur auf die Durchführung weiter geltenden Reichs- und Landesrechts, sondern umfaßten in vielen Fällen auch die Ausführung von Besatzungsrecht, häufig einschließlich des Rechts, Ausführungsverordnungen zu erlassen<sup>54</sup>.

Beim Wachsen deutscher Eigenbefugnisse blieb gerade im Bereich der Verwaltung die Gefahr des Fortwirkens autoritärer Kräfte. Wurden Besatzungsaufgaben zu deutschen Befugnissen, so war durch den Wechsel allein autoritäres Handeln noch nicht durch volksverantwortliche Verwaltung ersetzt. In manchen Fällen lag dies im Sinne der Besatzungspolitik, die stufenweise das Endziel einer demokratisch kontrollierten Verwaltung verwirklichen wollte. Eine beharrliche Verwaltungspraxis griff aber in Anknüpfung an die Zeit vor 1945 vielfach darüber hinaus, so daß der äußeren Not der Übergangszeit eine Rechtsnot des Bürgers entsprach, auch soweit er sich anderen Stellen als Besatzungsorganen gegenüber sah. Anlässlich von Angriffen gegen die alliierte Besatzungspolitik äußerte der Landeskommissar von Württemberg-Baden einmal: „Die deutschen Behörden respektieren den Willen des deutschen Volkes weniger als die Amerikaner“<sup>55</sup>. Daß damit auf einzelne wirklich vorhandene Auswüchse hingewiesen war und es sich nicht nur um Äußerungen eines kritikempfindlichen Besatzungsexponenten handelte, beweist eine maßgebliche deutsche Bemerkung aus dieser Zeit, die in dieselbe Richtung geht: „Es ist die verkappte autoritäre Bürokratie, die bei uns die Demokratie in Mißkredit bringt“<sup>56</sup>. So entstanden beim Übergang von Verwaltungsbefugnissen in deutsche Hände zusätzliche Spannungen, die sich weniger aus der Besatzungslage als aus den von dem Verwaltungszustand der vergangenen Jahre abweichenden

52) In diesem Sinne einer deutschen Risikoverantwortung ausdrücklich die Direktive der US-Mil.Reg. JCS 1067/6, 1. Teil unter 5 b.

53) Vgl. US-Proklamation Nr. 2 Art. IV; Virally S. 139, 140.

54) Erstmals im Bereich des KRG Nr. 18, dann in weiteren Besatzungsgesetzen.

55) „Die Neue Zeitung“ vom 24. 6. 1950.

56) Alfred Weber als Verhandlungsleiter der Arbeitstagung der Aktionsgruppe Heidelberg im Herbst 1947, Arch. f. Völkerrecht Bd. 2 (1949) S. 124; ähnlich Kiefersauer, Grundstücksmitte 7. Aufl. 1950, Vorbemerkungen.

den Besatzungszielen erklären. In diesem Sinne sollte die Verwaltungskontinuität bewußt unterbrochen werden.

Während die aktive Verwaltung in der Übergangszeit frühzeitig und in fortschreitendem Umfang auf deutsche Stellen übergang, hatten sich diese vielfach noch nach Anweisungen der Besatzungsorgane zu richten. Derartige Verwaltungsvorschriften sind zu unterscheiden von an alle Bürger gerichteten Rechtsvorschriften. Ein bedeutsamer Unterschied lag darin, daß sie am 21. 9. 49 von selbst außer Kraft traten, während Rechtsvorschriften nach Ziffer VII des Besatzungsstatuts bis zu förmlicher Aufhebung weitergalten<sup>57</sup>.

## 2. Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte der Besatzung.

Die Prüfung von Staatshoheitsakten, im innerdeutschen Bereich „das tägliche Brot“ der Verwaltungsgerichte, wird unter dem Besatzungsrecht zum Problem. Hierbei sind die Begriffe „Besatzungsakte“ und „Verwaltungsakte“ zu klären. Unbestritten unterfallen von Besatzungsorganen selbst vorgenommene Exekutivakte nicht deutscher verwaltungsgerichtlicher Kontrolle<sup>58</sup>. Dies ist eine klare Folgerung aus dem Vorrang des Besatzungsrechts und wird auch in MRG Nr. 2 Ziffer 10 d zum Ausdruck gebracht<sup>59</sup>. Darüber hinaus wollte der bayerische VGH auch die unmittelbare Ausführung eines Befehls der Besatzungsmacht durch deutsche Behörden aus dem Kreis der Verwaltungsakte im Sinne der §§ 22, 35 VGG ausscheiden<sup>60</sup>. Nach dieser Auffassung erließen deutsche Behörden keinen Verwaltungsakt, wenn sie weisungsgemäß eigentliche Besatzungsfunktionen als „Auftragsangelegenheit“ erfüllten. Diese Einengung mußte unbefriedigend und in der Abgrenzung unsicher erscheinen, selbst wenn man sich des Unterschieds von bindender Anweisung und Genehmigung von deutschen Akten eines freieren Tätigkeitsbereichs bewußt blieb.

Deshalb wollte eine andere Meinung auch den deutschen Vollzug einer Anordnung, die auf einen Befehl der Militärregierung zurückging, als Verwaltungsakt ansehen<sup>61</sup>. Die beiden Anschauungen berühren sich mit dem Problem eines „mittelbaren Besatzungsrechts“<sup>62</sup>. Richtiger Ansicht nach ist der farblose Sammelbegriff einer mittelbaren Einwirkung ebenso wie im Bereich der Rechtssetzung auch für Verwaltungshandlungen aufzulösen. Anordnungen, die eine deutsche Behörde als solche kenntlich nur weitergab, stehen Besatzungsakten gleich<sup>63</sup>. Dagegen sind Anordnungen deutscher Stellen als solche zu behandeln, wenn sie nicht ihren Charakter als Besatzungsbefehle in der Anordnung selbst offenbaren<sup>64</sup>. Die deutsche Exekutive übte dann nicht mehr nur eine abgeleitete, unselbständige Befugnis aus<sup>65</sup>.

Allerdings ging die Praxis der Verfassungsgerichtshöfe der Länder und der Verwaltungsgerichte weiter. Auch wo deutsche Stellen Verwaltungsbefugnisse in fester Zuständigkeit, aber aus der Besatzungssphäre hergeleitet ausübten, wurde kein der Nachprüfung zugänglicher Verwaltungsakt angenommen. Die Verwaltungstätigkeit der Spruchkammern und die Tätigkeit der Ämter für Vermögenskontrolle waren Beispiele hierfür<sup>66</sup>. Hier ließ die Praxis nicht maßgebend sein, wer einen Verwaltungsakt erlassen hatte, sondern ob er durch eine deutsche Behörde auf Grund Besatzungsrechts (Vorbehaltsgebiete in der Kompetenz der Ministerpräsidenten) ergangen war oder nicht.

57) OVG Münster in OVGE Bd. 6/112.

58) Jellinek, DRZ 48/271; § 2 der Anlage zu VO Nr. 165 (VOBl Britische Zone 1948/274).

59) MRG Nr. 2 in der alten Fassung.

60) SJZ 49/210.

61) Dehler in SJZ 49/212.

62) Dazu Einleitung, Fußnote 10 und unten Fußnoten 160 ff.

63) Sog. „Besatzungsauftragsverwaltung“, OVG Lüneburg in JZ 53/247.

64) Während im Bereich der Rechtssetzung diese „Offenlegungspflicht“ umstritten war (vgl. Schneider in AÖR Bd. 75/494, andererseits BVerfGE Bd. 2/181 [199 ff.]), erfordert die Klarheit des Verwaltungshandelns unbedingt dieses äußere Kriterium.

65) So aber noch Ipsen, S. 76.

66) Aepelt in SJZ 48/779.

Im Bereich der Verwaltung ergaben sich also aus der Besatzungslage nicht nur entsprechend den zwei Organisationsbereichen zwei Arten von Verwaltungstätigkeit, sondern bedingt durch die Zweiteilung der Gesetzgebung drei Kategorien von Akten:

- a) Akte der Besatzungsbehörden,
- b) Akte der deutschen Behörden in Durchführung deutschen Rechts,
- c) Akte der deutschen Behörden in Durchführung von Besatzungsrecht.

Im Falle c) entstand eine Zwischenzone, die sich in der Übergangszeit nicht klar einordnen ließ, wie die widersprechenden Ansichten des Württ.-Bad. VerfGH und von Apelt<sup>67</sup> zeigen. Nach der Verteilung der politischen Macht in der Übergangszeit dominierte in dieser Zwischenzone das Besatzungsrecht und Erwägungen einer rechtstheoretischen Klassifizierung konnten sich demgegenüber nicht durchsetzen.

Diese Rechtslage, daß Verwaltungsakte einer Nachprüfung in weitem Umfang verschlossen waren, erwies sich als besonders unbefriedigend im Bereich der Grundrechte<sup>68</sup> sowie für solche Befehle, wo etwa eine Dienststelle der Besatzungsmacht ihre Kompetenz überschritten und eine gesetzwidrige oder nichtige Anordnung erlassen haben sollte<sup>69</sup>. So wurde in der Rechtsdogmatik das Bestehen einer bis in den deutschen Bereich theoretisch unumschränkten Exekutivgewalt, die im werdenden Rechtsstaat noch einen beträchtlichen Teil der Gesamtbefugnisse innehatte, mit Unbehagen aufgenommen: Wenn schon nicht jedes Verwaltungsgericht, so sollte doch der Verfassungsgerichtshof eines Landes nach seiner besonderen Stellung und im Hinblick auf seine hohe Aufgabe nicht Beschränkungen unterworfen sein, die seine Funktion als Wächter der Verfassung empfindlich lähmen mußten. Gegenüber solchen zutreffenden Erwägungen blieb aber die unumstößliche Tatsache, daß auch die Landesverfassungen unter dem Vorbehalt des Besatzungsrechts standen<sup>70</sup>.

So verdientvoll Vorschläge für eine bessere Gestaltung des besatzungsrechtlichen Verhältnisses in der weiteren Entwicklung waren, so entsprach es doch der Rechtslage der ersten Zeit, wenn auch die Verfassungsgerichtshöfe sich auf die Nachprüfung innerdeutscher Verwaltungsakte beschränken und es ablehnten, selbst nur latente Besatzungsakte mit dem Ziel einer Beanstandung zu überprüfen. Dabei waren also unmittelbar auf Besatzungsrecht zurückgehende deutsche Verwaltungsakte mitumfaßt<sup>71</sup>.

In der späteren Übergangszeit zeigte sich allerdings ein Wandel in der Beurteilung von Verwaltungsakten solcher deutscher Stellen, die zwar durch Besatzungsstellen ins Leben gerufen und auf Besatzungsgebieten tätig waren, aber einen wachsenden Entscheidungsbereich von einiger Selbständigkeit hatten. So wurde nunmehr entschieden, daß die Tätigkeit der Ämter für Vermögenskontrolle der Nachprüfung im Verwaltungsrechtsweg unterliege<sup>72</sup>, nachdem die US-Militärregierung den Titel 17 ihrer Vorschriften „Vermögenskontrolle“ geändert hatte. Eine ähnliche Wendung vollzog sich in der Beurteilung von Verwaltungsakten von Organen des Vereinigten Wirtschaftsgebietes der Doppelzone<sup>73</sup>.

Es durfte im Bereich der Verwaltung auch nicht dahin kommen, daß deutsche Stellen bei der Besatzungsmacht Deckung suchten und unter Hinweis auf die Besatzungslage ihre Akte für unangreifbar erklären wollten<sup>74</sup>. Nur solche Anordnun-

67) Urteil des VGH und Anm. dazu in SJZ 48/779.

68) Unten, 3. Hauptteil I 3.

69) Dehler a. a. O.

70) Unten, 3. Hauptteil I 3.

71) Württ.-Bad. VerfGH a. a. O.; Bayr. VerfGH in SJZ 49/210; Roemer in SJZ 49/25.

72) Schneider in DRZ 49/490; Württ.-Bad. VGH in SJZ 50/221 unter Bezugnahme auf Moser, NJW 49/616.

73) Eyermann-Fröhler, Kommentar zum VGG, S. 75 zu § 22; Wolff in MDR 49/266 ff.

74) Ipsen, S. 78.

gen deutscher Verwaltungsstellen durften von den Verwaltungsgerichten nicht als unrechtmäßig bezeichnet werden, die auf einer ausdrücklichen Anordnung der Besatzung beruhten. Ebenso wie bei der Gesetzgebung verlieh eine bloße Einwilligung oder Genehmigung der Militärregierung einem deutschen Akt nicht diesen Charakter<sup>75</sup>. Denn wollte man die in der Anfangszeit in allen Fällen erforderliche Billigung der Besatzung ihrer Anordnung selbst gleichstellen, so besäße damit jeder Akt einer deutschen Behörde absolute Rechtsgültigkeit und für ein verwaltungsgerichtliches Verfahren, wie es durch das KRG Nr. 36 eingeführt worden war, bliebe kein Raum mehr.

#### IV. Besatzungsrecht und Rechtsprechung.

Die gesamte Rechtspflege sollte in der Ausgangslage der Besetzung umgestaltet werden in Übereinstimmung mit den Grundsätzen der Demokratie, der Gerechtigkeit und der gleichen Rechte aller Bürger ohne Unterschied von Rasse, Nationalität oder Religion<sup>76</sup>. In Verfolgung dieses Ziels kam es zu einer „Justizschumpfung“ im Bereich der deutschen Gerichte, indem die Besatzungsmächte Rechtsprechungsbefugnisse teils selbst übernahmen, teils Eingriffsrechte und Genehmigungsvorbehalte ausübten. Die nach SHAEF-Proklamation Nr. 1 und US-MRG Nr. 2 Art. 1 vorübergehend geschlossenen deutschen Gerichte wurden erst nach und nach wieder eröffnet.

Ebenso wie in den anderen Zweigen der Staatstätigkeit ist davon auszugehen, daß die nicht von der Besatzungsmacht in Anspruch genommenen Funktionen eine deutsche Angelegenheit waren. Die aus deutschem Personal gebildeten Gerichtskörper blieben deutsche Gerichte und als solche Organe eines kontinuierlichen Staatswesens. Daran änderte auch nichts, daß sie 1945 durch den Obersten Befehlshaber der alliierten Streitkräfte zunächst geschlossen und später durch Besatzungsanordnungen neu eröffnet wurden. Trotz eines Wechsels in der Rechtsträgerschaft der Gerichtsbehörden<sup>77</sup> blieb die Kontinuität der Rechtsprechungsorgane gewahrt<sup>78</sup>.

Die besatzungsrechtlichen Kompetenzen in der Rechtsprechung lassen sich gliedern in Eigenbefugnisse und Einwirkungsbefugnisse:

##### 1. Eigenbefugnisse der Besatzung.

###### a) Besatzungsgerichte und ihre Urteile.

###### aa) Stellung und Rechtsnatur der Besatzungsgerichte.

Die Einrichtung von Besatzungsgerichten entspricht völkerrechtlichem Kriegsbrauch<sup>79</sup>. Diese waren eine Begleiterscheinung auch früherer Besetzungen, ihr Hauptakzent lag dabei auf der Strafgerichtsbarkeit. Die Besatzungstruppe lebte auch in fremdem Land nach eigenem Recht. Ihrer Militärgerichtsbarkeit unterstanden in erster Linie die Angehörigen ihrer Streitkräfte, die damit sowohl dem strafrechtlichen Territorialitätsprinzip des besetzten Landes als auch dem gesetzlichen Richter ihres Heimatstaates entzogen waren. Für die Besetzung Deutschlands drückt diesen hergebrachten Grundsatz auch die US-Direktive JCS 1067/6 aus<sup>80</sup>.

Weiter hatten Militärgerichte früher schon die Funktion, die Besatzungsbelange auch gegenüber der Bevölkerung des besetzten Gebietes wahrzunehmen, indem ihnen wegen bestimmter Delikte die Verfolgung von Angehörigen des Feindstaates oblag. Sie hatten damit auf die Befolgung der Okkupationsvorschriften in

75) LVG Münster in MDR 50/59.

76) Potsdamer Abkommen; Clay S. 246; Brecht S. 29.

77) Nunmehr die Länder statt des Reiches.

78) Ob.Arb.Gericht Rheinh.-Pfalz, Urt. v. 14. 10. 49 in: Arbeitsrechtliche Praxis 1951 Nr. 109 m. zust. Anm. Peters (S. 398 f.).

79) Ihre eigenen Angelegenheiten verwaltet die Besatzungstruppe von jeher selbst, vgl. BGHSt 2/398.

80) Unter 1. Teil 3 f.: „Die betreffenden Höchstkommmandierenden sollen überall in Deutschland ausschließliche Jurisdiktion über die Mitglieder der unter ihrem Kommando stehenden Streitkräfte und über die in ihrer Begleitung befindlichen Zivilisten ausüben.“

deren Geltungsbereich hinzuwirken. Der exekutiven Machtbefugnis einer Militärregierung entspringen Rechtsprechungsfunktionen auch gegenüber Einwohnern des besetzten Landes<sup>81</sup>.

Diese herkömmlichen Funktionen der Militärgerichte haben sich in Deutschland nach 1945 erweitert und einen Bedeutungswandel erfahren. Während im deutschen Schrifttum die Besatzungsgerichte vorwiegend in ihrer negativen Funktion der Beschränkung deutscher Gerichtsbarkeit Erwähnung finden, wobei ihr Wirken teilweise als Überschreitung ihrer „natürlichen Kompetenz“ beurteilt wird<sup>82</sup>, sollten sie nach amerikanischer Auffassung über die Sicherung von Besatzungsbelangen hinaus durch ihr Vorbild zur Umformung des deutschen öffentlichen Lebens im Sinne der Demokratisierung beitragen. Nobleman<sup>83</sup> weist ihnen eine missionarische Aufgabe zu und sieht sie in einer Rolle revolutionärer Natur. Sie sollten über die Sicherungszwecke des Kriegsrechts durch ihr Vorbild zu Elementen rechtsstaatlichen Aufbaus werden und in sich die Rechtsgarantien der Grundrechte und des anglo-amerikanischen Gerichtsverfahrens verkörpern. Rückblickend läßt sich feststellen, daß diese Zielsetzung im Besatzungsgebiet auf kein Verständnis traf. Daran mochten neben der fremden Verhandlungssprache auch Schwierigkeiten in der Gerichtsorganisation<sup>84</sup> und Unzulänglichkeiten des Personals Schuld tragen, die nach mehrjähriger Gerichtstätigkeit eine Reform zur Ausmerzung von „Unge rechtlichkeiten und undemokratischen Praktiken“ erforderlich machten<sup>85</sup>.

Außer ihrer Funktion der Hilfestellung beim allmählichen Wiederaufbau eines deutschen Gerichtswesens und der zugeordneten Rolle beim Aufbau einer deutschen Staatsorganisation hatten die Militärgerichte seit 1945 für eine Übergangszeit auch alle Verstöße gegen deutsches Recht zu ahnden, solange die deutschen Gerichte nicht funktionsfähig waren. Die Gerichte der Militärregierung wurden in den drei Westzonen durch dasselbe Gesetz<sup>86</sup> errichtet und in der US-Zone 1948 umgestaltet<sup>87</sup>. Infolge ihrer umfangreichen Funktionen waren die Besatzungsgerichte nicht wie früher eine interne Angelegenheit der okkupierenden Macht, sondern wirkten breit in das einheimische öffentliche Leben hinein. Dadurch wurde es unumgänglich, daß sie auch deutsches materielles Recht anwendeten, wodurch in Verbindung mit fremdem Verfahrensrecht ein einzigartiges Mischrecht entstand<sup>88</sup>.

Die Frage nach der Rechtsnatur der Besatzungsgerichte, schon in früheren Besetzungen streitig, war deshalb für die Deutschlandbesetzung neu zu stellen. Die Gerichte konnten entweder deutsche Gerichtsbarkeit, diejenige ihrer Heimatstaaten, eine davon unterschiedene Besatzungsgerichtsbarkeit oder eine von der Völkerrechtsgemeinschaft als abgeleitet gedachte Gerichtsbarkeit ausüben. Die Frage wurde für Rechtsmittel und Instanzenzug bedeutsam, als von US-Militärgerichten in Deutschland verurteilte Deutsche das Habeas-Corpus-Verfahren<sup>89</sup> beantragten mit dem Ziel, ihren Fall bis vor den Obersten Bundesgerichtshof der Vereinigten Staaten zu bringen<sup>90</sup>. Die amerikanische Rechtsprechung lehnte es bisher ab, eine einheitliche Organisation von Militärgerichten und inneramerikanischen Gerichten anzunehmen<sup>91</sup>.

81) „Das Berufungsverfahren in den USA“, Abhandlung in „Die Neue Zeitung“ vom 22. 2. 51, wo für diese Fragen auf die Arbeiten von Charles Fairman hingewiesen wird.

82) H. Maier (Institut f. Besatzungsfragen, Tübingen) in JZ 52/610.

83) S. 87 ff. (der Autor war selbst in leitender Stellung in der Besatzungsgerichtsbarkeit tätig).

84) So gab es zuerst statt eines Rechtsmittels nur verwaltungsförmige Überprüfung.

85) Nobleman, S. 92.

86) SHAEF VO Nr. 2.

87) US MRVO Nr. 31 und 32.

88) Als Beispiel das zu Ende der Übergangszeit ins Leben gerufene US-Zivilberufungsgericht für Kraftfahrzeugunfälle (vgl. Wulsten in JZ 51/792).

89) In beschränktem Umfang durch die US MRVO Nr. 23 am 7. 1. 48 im Besatzungsgebiet eingeführt.

90) Dazu unten Fußnote 194.

91) Im gleichen Sinne für die französische Zone: Virally S. 41.

In anderem Zusammenhang befaßten sich auch deutsche Gerichte mit der Rechtsnatur der Besatzungsgerichtsbarkeit. In der Literatur warf schon Kleinrahm die Frage auf<sup>92</sup>, ob die Gerichte der Besatzung nach ihrem heutigen Wirkungskreis etwa als deutsche Gerichte zu betrachten seien. Das OLG Braunschweig kam in einer viel beachteten Entscheidung<sup>93</sup> zu dem Ergebnis, daß die Besatzungsgerichte heute im Gegensatz zu der Zeit nach dem 1. Weltkrieg<sup>94</sup> als deutsche Gerichte anzusehen seien. Zum gleichen Ergebnis kam das OLG Frankfurt a.M.<sup>95</sup>. Jedoch hält diese Ansicht einer Nachprüfung nicht stand.

Die Besatzungsgerichte waren auch nach 1945 nicht in die deutsche staatliche Organisation eingebaut. Ihr Personal blieb extritorial und konnte von keiner deutschen Behörde der Justizverwaltung im Wege der Dienstaufsicht Anweisungen erhalten. Schließlich handelten bei Anwendung von deutschem Recht die Besatzungsgerichte auf Befehl der Besatzungsmacht und nicht im Gehorsam gegenüber einem deutschen Gesetzgeber. Deshalb sind die Besatzungsgerichte in Deutschland jedenfalls nicht als deutsche Gerichte anzusehen<sup>96</sup>.

Richtiger Ansicht nach nehmen die Besatzungsgerichte wie die Besatzungsorgane überhaupt eine Doppelstellung ein, was unten im Zusammenhang näher ausgeführt werden soll<sup>97</sup>. Sie vereinigen in sich Funktionen einer einheimischen mit solchen einer fremden Gerichtsbarkeit. Eine einheitliche generelle Eingliederung in die Gerichtshoheit des okkupierenden oder des okkupierten Staates ist deshalb nicht möglich<sup>98</sup>.

#### bb) Wirkungen besatzungsgerichtlicher Urteile.

Aus dieser Doppelstellung der Besatzungsgerichte läßt sich die Frage nicht einheitlich beantworten, welche Wirkungen denen von ihnen erlassenen Urteilen zukommen. An sich schon sind Fragen der Jurisdiktion und des angewendeten Rechts zu trennen, wenn auch das angewendete Recht im Einzelfall einen Hinweis auf die Art der Gerichtsbarkeit geben kann<sup>99</sup>. In mancherlei Beziehung sahen sich die deutschen Behörden vor die Frage gestellt, in welchem Umfang Besatzungsurteile (Strafurteile) im konkreten Falle Rechtswirkungen auslösten. Die Frage war deshalb schwierig, weil die Besatzungsgerichte in den deutschen Bereich hineinwirkten, andererseits nicht ausschließlich deutsches Recht anwendeten und auch ihr Verfahren sich als eine Kombination von Kriegerrecht, deutschem Recht und anglo-amerikanischem Recht darstellte<sup>100</sup>. Bis in die jüngste Zeit konnte das Problem keine Klärung erfahren<sup>101</sup>, ob nach ihren prozessualen und materiellen Wirkungen Urteile der Militärgerichte inländischen oder ausländischen Urteilen gleichstehen. Die Lösung kann nur darin liegen, daß für jede Rechtsmaterie besonders zu prüfen ist, ob und inwieweit besatzungsgerichtliche Urteile solchen deutscher Gerichte gleichzubehandeln sind<sup>102</sup>. Dieses Ergebnis wird durch einen Überblick über Einzelfragen der Rechtswirkungen bestätigt:

#### Verbrauch der Strafklage:

Das Verbot der Doppelbestrafung in derselben Sache (ne bis in idem) gilt nur dann, wenn das frühere Urteil das Erkenntnis eines innerdeutschen Gerichts ist. Da die Besatzungsgerichte in der Übergangszeit zum Schutz der Besatzung und zugleich in teilweiser Wahrnehmung der Rechtspflege des besetzten Landes tätig

92) „Gesetz Nr. 2 und Gesetz Nr. 52 in der gerichtlichen Praxis“, 1948.

93) AöR Bd. 76/107.

94) RGSt Bd. 54/139.

95) NJW 51/372.

96) In diesem Sinne Jellinek, AöR Bd. 76/116.

97) Unten 3. Hauptteil I 1 am Ende.

98) Im Ergebnis ebenso: Handbuch § 26 S. 53.

99) Mosler, „Die Spruchgerichte“, 1948/281.

100) Nobleman S. 89.

101) H. v. Weber auf der Tagung der OLG-Präsidenten der britischen Zone, 1948 (Be-richt in DRZ 48/435).

102) So unter Hinweis auf Jellinek a. a. O. das OLG Bremen in NJW 50/918.

wurden, andererseits nach ihrem Verfahrensrecht nicht zu erschöpfender Behandlung eines Falles nach allen Richtungen verpflichtet waren, mußte auch für diese spezielle Frage auf den Einzelfall abgestellt werden. Besatzungsurteile hinderten ein Verfahren deutscher Gerichte in derselben Sache dann nicht, wenn das besatzungsrechtliche Verfahren den Fall nicht erschöpfen, sondern nur die in ihm enthaltenen Verstöße gegen Besatzungsvorschriften ahnden wollte. Ein Beispiel bietet der Vorgang, daß der Benutzer einer Mordwaffe nur wegen unerlaubten Waffenbesitzes verurteilt war<sup>103</sup>.

#### Rückfall:

Verurteilungen durch eine Besatzungsmacht gelten als Vorstrafen, haben damit aber noch nicht alle deutschen Urteilswirkungen. Eine nach § 244 StGB rückfallbegründende Verurteilung muß im Inland erfolgt sein. Dafür ist nicht allein der örtliche Sitz des Gerichts maßgebend, sondern dieses muß auch der gleichen Justizhoheit unterstehen und zur gleichen Gerichtsbarkeit gehören. Daher ist die Verurteilung durch ein Besatzungsgericht nicht rückfallbegründend zu berücksichtigen<sup>104</sup>. Dieselbe Auffassung war schon für die begrenzteren Besatzungsbefugnisse nach dem 1. Weltkrieg herrschend<sup>105</sup>. Bei den umfassenderen Befugnissen nach dem 2. Weltkrieg kam den Besatzungsurteilen nicht deshalb rückwirkende Kraft zu, weil die Besatzungsgerichte bei ihrer Teilnahme an der deutschen Staatsgewalt deutsches materielles Recht anwendeten und jedes Verfahren eines deutschen Gerichtes an sich ziehen konnten<sup>106</sup>. Denn trotz dieses Evokationsrechts stand die deutsche Gerichtsbarkeit nicht völlig zur Disposition der Besatzungsmacht, beide Bereiche blieben getrennt. Es gab neben der Besatzungsgerichtsbarkeit deutsche Gerichte als Organe einer zwar in der Übergangszeit beschränkten, aber der Ausübung nach deutschen Gerichtsbarkeit.

#### Gesamtstrafenbildung:

Aus Urteilen deutscher Gerichte und solchen der Besatzung konnte nicht zusammen eine Gesamtstrafe gebildet werden. Die §§ 79, 74 StGB waren keiner Anwendung fähig. Trotz der Mitheranziehung deutschen Rechts durch Besatzungsgerichte lassen die Besonderheiten der Gerichtsorganisation und des Verfahrens eine Gleichstellung mit den deutschen Gerichten hinsichtlich erkannter Strafen nicht zu<sup>107</sup>. Jedoch handelte ein Richter rechtsirrig, wenn er die Tatsache eines vorangegangenen Urteils aus dem Besatzungsbereich nicht bei der Strafzumessung berücksichtigte<sup>108</sup>. Die Anrechnung hatte in Anlehnung an die Bestimmungen für ausländische Urteile zu geschehen (§ 7 StGB).

#### Bindende Wirkung im Dienststrafverfahren.

Nach den §§ 53 DBG, 13 III RDienstStrO.<sup>109</sup> hatte die Verurteilung eines Beamten zu Gefängnisstrafe von mehr als einem Jahr wegen eines vorsätzlichen Vergehens automatisch die Entfernung aus dem Dienst im Dienststrafverfahren zur Folge. Bei der Urteilsfällung griff also die aus Art und Höhe der Strafe abgeleitete Vermutung Platz, der verurteilte Beamte habe sich ein mit der Beamtenstellung ganz und gar unvereinbares Verhalten zuschulden kommen lassen. Kenntnis und Würdigung der beamtenrechtlichen Anforderungen waren nur bei einem deutschen Gericht vorauszusetzen, wie auch die Treupflicht des verurteilten Beamten nur gegenüber einem deutschen Dienstherrn bestand. Deshalb konnte nur das Urteil

103) LG Bonn in MDR 47/271 m. Anm. Figge; HEST Bd. 3 Nr. 39, 40; Schwarz StPO 13. Aufl., § 264 I B mit weiteren Nachweisen.

104) v. Weber in SJZ 47/70, 72; entsprechend für deutsche Militärgerichte im Ausland OLG Saarbrücken, DRZ 50/332; Bayr. OLG in JZ 52/284; BGH in NJW 52/151. An diese Rechtspr. wird auch in dem verwandten Fall des § 23 StGB angeknüpft: BGH JZ 54/363.

105) RGSt Bd. 57/374 und 63/395.

106) So begründet das OLG Frankfurt/M. seine abweichende Ansicht (NJW 51/372).

107) In der Gesamtstrafenbildung durch den deutschen Richter läge zudem eine unzulässige Einwirkung auf das besatzungsgerichtliche Urteil, Handbuch § 26 S. 55.

108) OLG Bremen in NJW 50/918.

109) Nur im Bereich des brit. u. US-MRG Nr. 15 galt § 53 DBG ab 15. 3. 49 nicht mehr, vgl. Mannheimer in JZ 54/287.

eines deutschen Gerichts die einschneidende beamtenrechtliche Nebenwirkung haben<sup>110</sup>. Folgerichtig stellte der Entwurf des Bundesbeamtengesetzes klar, daß nur Urteile deutscher Gerichte und auf Grund deutschen Rechts ein Beamtenverhältnis unmittelbar beenden können<sup>111</sup>.

Im Ergebnis also äußern Strafurteile der Besatzungsgerichte nicht alle Rechtswirkungen des deutschen Rechts, wenngleich sie nach 1945 im Gegensatz etwa zur Rheinlandbesetzung in teilweiser Ausübung von zuvor deutscher Gerichtsbarkeit erlassen sind.

#### b) Besatzungsrechtliche Exemtionen.

Als sichtbarste Einwirkung der Besatzung auf die deutsche Rechtspflege waren dieser zugunsten der Besatzungszuständigkeit ein Teil der Befugnisse entzogen; die deutsche Gerichtsbarkeit wurde für bestimmte Materien ausgeschlossen, indem ihre Ausübung an eine besondere Genehmigung geknüpft war. Für den neuartigen Begriff der Exemtionen fehlt es an Parallelen im innerstaatlichen Recht. Die Prozeßhindernisse einer Unzulässigkeit des Rechtsweges und der Unzuständigkeit lassen sich nicht zum Vergleich heranziehen, da diese nicht wie die Exemption eine dennoch getroffene Entscheidung nichtig sein lassen. Am nächsten kommt – wenigstens der persönlichen Exemption – die Exterritorialität, deren Grundsätze zum Teil entsprechend angewendet werden konnten<sup>112</sup>. Je nach dem Anknüpfungspunkt des Vorbehalts waren persönliche und sachliche Exemtionen zu unterscheiden.

##### aa) Persönliche Exemtionen.

Hierher gehörten in der US-Zone nach dem MRG Nr. 2 Art. VI Ziffer 10 als wichtigste: Alle Zivilsachen, die eine der Vereinten Nationen (VN) oder ihre Streitkräfte, eine Person, die einer solchen Streitkraft dient oder sie begleitet oder einen Staatsangehörigen einer der VN betrafen. Ferner gehörten hierher Strafsachen, in die eine der genannten Personen verwickelt war. Daß darüberhinaus an sich nicht exemte Angestellte der Besatzungsmacht hinsichtlich Straftaten anläßlich des Dienstes der deutschen Strafgerichtsbarkeit entzogen waren, entsprach einer seit der Rheinlandbesetzung entwickelten völkerrechtlichen Gepflogenheit<sup>113</sup>. Mit der Totalisierung des Kriegsbegriffs und der Besatzungszwecke hängt die Tendenz zusammen, Exemtionen über Exterritorialitätswirkungen hinausgreifen zu lassen<sup>114</sup>.

##### bb) Sachliche Exemtionen.

Hier war die anfängliche Formulierung im US MRG Nr. 2 Art. VI 10 c–g sehr umfassend:

Sachen, die auf von der Militärregierung zeitweilig oder dauernd aufgehobenen Gesetzen beruhen.

Sachen, die Zuwiderhandlungen gegen Anordnungen und Rechtssätze der Besatzung betrafen, wenn sie nicht ausdrücklich deutschen Gerichten übertragen wurden<sup>115</sup>. Dabei fiel die weitergehende Einschränkung eines Auslegungsverbots von Besatzungsrecht mit dem Änderungsgesetz zu MRG Nr. 2 weg<sup>116</sup>.

Sachen, in denen ein Gericht der Militärregierung sich für zuständig erklärt oder für welche diese ihre Gerichte für ausschließlich zuständig erklärt hatte. Sachen, die Geldansprüche gegen eine deutsche Regierung oder gegen eine Körperschaft des öffentlichen Rechts betrafen. Diese Vorschrift wurde später

110) Württ.-Bad. VGH in AöR 76/108 ff., OVG Lüneburg in NJW 51/816; abweichend die Dienststrafkammer b. OLG Braunschweig AöR 76/107 (dortselbst dieses Urteil ablehnend. Anm. von Jellinek) = DV 50/149 mit krit. Anm. Dernedde.

111) § 28 des Entwurfs (Besprechung in JZ 51/571).

112) Nehlert in JR 47/10; Kleinrahm, Gesetz Nr. 2 und Gesetz Nr. 52 in der gerichtl. Praxis, S. 15.

113) Röhreke in DRZ 50/35.

114) Ipsen S. 102 und in MDR 47/193 zur Frage requirierter Arbeitskräfte.

115) Geschehen z. B. für die wichtigen Kontrollratsgesetze Nr. 10 und 50.

116) 2. Änderungsgesetz zum MRG Nr. 2 v. 15. 10. 46; dazu Grussendorf in DRZ 49/69.

gelockert durch die AVO Nr. 4, wonach eine allgemeine Ermächtigung für nach dem 8. 5. 45 entstandene Ansprüche erteilt wurde<sup>117</sup>.

Sondervorschriften galten ferner für Ansprüche gegen Versicherungsunternehmen aus Schäden, die infolge der Kriegsereignisse eingetreten waren<sup>118</sup>.

Der Katalog der gesetzlich normierten Exemtionen umfaßte also außer Befugnissen auf bestimmt bezeichneten, umfangreichen Sachgebieten auch den unbestimmten Vorbehalt, weitere Sachen oder Gruppen von Sachen der deutschen Zuständigkeit entziehen zu können. Die Exemtionen wirkten sich in der Strafgerichtsbarkeit und der Zivilgerichtsbarkeit verschieden aus, wurden aber auf beiden Gebieten als empfindliche Lücke in der deutschen Kompetenz angesehen, mit nachteiligen Auswirkungen auf die Unabhängigkeit des Richters und auf die Rechtssicherheit<sup>119</sup>.

Während der Umfang der persönlichen Exemtionen lange Zeit konstant blieb und die Übergangszeit überdauerte, spiegelt sich im Abbau der sachlichen Exemtionen durch Befugnisübertragung und Ermächtigungen die Entwicklung zu wachsenden deutschen Befugnissen<sup>120</sup>. Jedoch machte die Besetzung auch vorher schon von ihrer theoretisch sehr umfassenden Zuständigkeit, zumindest für Strafverfahren, nur dann Gebrauch, wenn ihre Interessen irgendwie berührt waren<sup>121</sup>. Die vorbehaltlichen Befugnisse waren also weiter als die tatsächlich in Anspruch genommenen.

Neben den förmlichen Exemtionen sind die Auswirkungen mittelbarer Natur zu erwähnen, die sich aus dem MRG Nr. 52 ergaben. Jedes deutsche Gericht mußte mit seiner Tätigkeit dann innehalten, wenn der gerichtliche Akt seinem Inhalt nach gegen das aus der Vermögenssperre fließende allumfassende Verfügungsverbot verstoßen hätte. Danach wirkte sich diese Sperre meist beim Übergang vom Erkenntnis- zum Vollstreckungsverfahren aus und war in der Sperrwirkung nicht absolut und fest umgrenzt wie die Exemtionen<sup>122</sup>.

## 2. Einfluß und Eingriffe in deutsche Gerichtstätigkeit.

Die Besatzungsmächte entzogen nicht nur der deutschen Gerichtsbarkeit einzelne Bereiche, sondern wirkten außerdem in verschiedenen Formen in die deutsche Gerichtsbarkeit hinein.

### a) Formen der Kontrolle deutscher Rechtsprechung.

Eine Mitwirkung der Besatzungsmacht bei der Gerichtsbarkeit im einzelnen Fall stieß auf größere Schwierigkeiten als bei der Gesetzgebung. Dennoch wurden Formen der Einwirkung entwickelt, die nach dem Wesen der Gerichtsbarkeit als weisungsfreier Hoheitstätigkeit problematisch genug waren. Infolge dieser Einwirkung bestand im Verhältnis zur Besatzung keine institutionelle Unabhängigkeit der Gerichte<sup>123</sup>, die zu den tragenden Pfeilern des Rechtsstaates gehört.

Auf das Verfahren eines deutschen Gerichts konnte die Besatzung durch evokatorische oder reformatorische Tätigkeit Einfluß nehmen<sup>124</sup>. Mit der Evokation hatte die Besatzungsbehörde das Recht, in ein schwebendes, noch nicht bis zur Entscheidung gediehenes Verfahren einzugreifen und dieses an sich zu ziehen. Die Besatzung konnte aber auch auf rechtskräftige Urteile oder Beschlüsse deutscher Gerichte durch Aufhebung, Aussetzung, Umwandlung oder sonstige Änderung ein-

117) Hess. GVB1 1948, Beilage S. 57; DRZ 48/310.

118) In der brit. Zone VO vom 30. 8. 47, VOB1 BZ Nr. 17; OLG Hamburg in MDR 47/131.

119) Referate von v. Weber und Bosch auf der Tagung der OLG-Präsidenten der brit. Zone, 1948, Bericht in DRZ 48/435.

120) Vgl. Clay, S. 245.

121) Dernedde, Jahrb. f. int. Recht, 1948 I/115; KRG Nr. 4 Art. III d.

122) Kleinrahm, Gesetz Nr. 2 . . . , S. 16.

123) Ipsen, S. 86; v. Weber in DRZ 50/217.

124) US-Zone: MRG Nr. 2 Art. VII; Brit. Zone: MRVO Nr. 174; dazu Virally, S. 148.

wirken. Diese Befugnisse schlossen das Recht ein, daß Besatzungsorgane an deutschen Gerichtssitzungen teilnehmen und Akten einsehen konnten.

Im Hinblick auf das Ziel einer rechtsstaatlichen Entwicklung in Deutschland waren diese Befugnisse der bedenklichste Punkt in der Besatzungskontrolle. Bei Evokation und Reformation bestand keine Garantie für ein gerichtsförmiges Verfahren. Einwirkungen im Verwaltungswege<sup>125</sup> bestimmten die weitere Behandlung der Sache. Selbst die Gefahr einer Justizverweigerung war theoretisch nicht auszuschließen, indem eine Sache nach Entziehung überhaupt unerledigt blieb. (Suspension anstelle von Reformation)<sup>126</sup>. Daher nannte Ipsen<sup>127</sup> für die britische Zone die entsprechenden Bestimmungen der VO Nr. 174 eine „rechtsstaatlichen Bedürfnissen widerstrebende Praxis“. Im ganzen war der Schutz gegen justizlose Hoheitsakte der Besatzung durch Exekutiventscheidungen wenig befriedigend. Der justizlose Hoheitsakt ist keine auf die Besatzungslage beschränkte Erscheinung<sup>128</sup> und beispielsweise auch in dem deutschen Regime vor 1945 ausgebildet, was die deutsche Skepsis in eine derartige Lösung bestärkt haben mochte<sup>129</sup>. Jedenfalls setzten deutsche Kritik und Änderungswünsche gerade hier schon früh ein. Der gerichtsfreie Hoheitsakt erhält ein besonderes Gesicht, wenn ein Verfahren, das gerichtsförmig begonnen hatte, in ein Verwaltungsverfahren übergeleitet wird.

Dagegen erstreckte sich die Einwirkung der Besatzung in der Regel nicht auf vor dem 8. 5. 1945 ergangene deutsche Urteile. Das reformatorische Verfahren sollte ein Urteil wegen besonderer, gegenwartsbezogener Besatzungsbelange erfassen, aber nicht Urteile generell wegen ihrer Entstehungszeit kassieren. Nicht jedes von Nationalsozialisten erlassene Urteil sollte allein deswegen zwangsläufig der Aufhebung unterliegen<sup>130</sup>. Ein Besatzungsgericht sollte sich nur in Ausnahmefällen über eine Gerichtsentscheidung aus der NS-Zeit hinwegsetzen können. Dieser Grundsatz wurde mehrfach gerade unter den scharfen Maßstäben des Rückerstattungsverfahrens ausgesprochen<sup>131</sup>. Eine andere Frage ist allerdings, wieweit Urteile aus der Zeit bis 1945 unter der Besatzung noch Richtschnur für die Rechtsprechung sein konnten<sup>132</sup>.

#### b) Einwirkungen auf das Gerichtspersonal.

Die Besatzungsmacht hatte nach US MRG Nr. 2 Art. VII Ziff. 12a die Befugnis, deutsche Richter, Staatsanwälte oder andere Gerichtsbeamte zu entlassen oder des Dienstes zu entheben. Damit waren weitgehende Personalrechte in Anspruch genommen. Soweit sie Richter betrafen, setzten sie den tragenden Grundsatz der Unabsetzbarkeit und Unversetzbarkeit nach dem deutschen Gerichtsverfassungsgesetz (§ 8) zeitweilig außer Kraft. An keiner anderen Stelle der Staatsverwaltung ragt ein Grundsatz personeller Integrität derart sichtbar in das Verfassungsrecht hinein. Die Besatzung sah diesen Grundsatz nicht als ein wesentliches Hindernis einer Neuordnung an. Vom eigenen Rechtsdenken ausgehend hielt man das Festhalten an formeller Unabhängigkeit für eine „traditionsgebundene positivistische Haltung“<sup>133</sup>. Abändernde Maßnahmen sollten auf eine „Umbildung der Formen“ hinwirken. Daneben wurde aber auch eine Änderung der richterlichen Haltung im Sinne eines Erziehungsziels erstrebt. Somit war auch die Verschiedenheit der Rechts-

125) Anders nur in der brit. Zone, wo die Aufhebung einer Entscheidung allein durch das Berufungsgericht der Zone angeordnet werden konnte (MRVO 174 Art. II, AB1 49/982), bis das AHGK Nr. 13 eine Angleichung an die US-Zone in rückschrittlichem Sinne brachte (vgl. Handbuch, § 38, S. 29).

126) Handbuch, § 38 S. 44.

127) AöR Bd. 75/222.

128) Schneider („Gerichtsfreie Hoheitsakte“, Tübingen 1951) weist rechtsvergleichend nach, daß der gerichtsfreie Hoheitsakt kein Kennzeichen autoritären Staatsdenkens zu sein braucht.

129) Wengler in Bespr. Ipsen, NJW 50/379.

130) CORA Entschr. Nr. 34 in DRZ 50/549.

131) Board of Review Entschr. 51/138 in JZ 52/120.

132) US MRG Nr. 1 Art. III Nr. 5; für die Rechtsprechung des Reichsfinanzhofs vgl. Kluckhohn in DRZ 49/551.

133) Nobleman S. 96.

systeme in den Heimatsstaaten der Besatzung und im besetzten Gebiet ein Ausgangspunkt für die besatzungsrechtliche Umgestaltung der Rechtspflege. Es war für die Besatzungsmächte naheliegend, gewisse Maßstäbe ihrer heimischen Rechtsordnung als ein Ziel notwendiger Reformen im besetzten Gebiet anzusehen<sup>134</sup>.

Außer diesen Gedankengängen spielte die Entnazifizierungspolitik eine Rolle. Im Anfang der Besetzungszeit nahmen die Besatzungsmächte Veränderungen im Richterpersonal bewußt vor, selbst auf die Gefahr hin, in rechtsstaatlichen Bemühungen mißverstanden zu werden. Es erhob sich dabei die schwierige Frage, ob die Zielsetzung rechtsstaatlicher Grundlagen durch revolutionäre Durchbrechung rechtsstaatlicher Grundsätze verwirklicht werden konnte. Es handelt sich hier um dasselbe Problem, das oben bei Erörterung der Entnazifizierung berührt wurde.

Neben den gesetzlich angeordneten gab es noch andere, weniger umfassende personelle Einwirkungen der Besatzung auf die deutsche Rechtspflege. In besonders gelagerten Fällen sollten bestimmte Richter von der Entscheidung ausgeschlossen sein. So erteilte eine Militärregierung einmal dem Justizministerium eines deutschen Landes die mündliche Anweisung, Strafsachen mit politischem Einschlag dürften nur von politisch unbelasteten deutschen Richtern behandelt werden<sup>135</sup>.

#### c) Die Einschränkung des Richters in der Strafzumessung nach der AAR Nr. 1

Die vor der Wiedereröffnung deutscher Gerichte von der Militärregierung Deutschland – Kontrollgebiet des Obersten Befehlshabers – für die Westzonen erlassene „Allgemeine Anweisung an Richter Nr. 1“ sollte eine Strafbegrenzung auf ein gerechtes Maß garantieren und damit die weitere Anwendung des deutschen Strafrechts ermöglichen, schon bevor alle strafrechtlichen Einzelnormen geprüft und der neuen Lage angepaßt waren<sup>136</sup>. Die hier in Betracht kommende Ziff. 8a lautete:

„Es ist untersagt, grausame oder übermäßig hohe Strafen zu verhängen. Vorbehaltlich dieser Beschränkung überläßt Ihnen die Mil.Reg. die Verantwortung, nach ihrem pflichtgemäßen Ermessen Strafen so zu verhängen, wie Sie es für die Aufrechterhaltung von Recht und Ordnung und die Bekämpfung von Verbrechen für notwendig halten.“

Die Bestimmung wollte der teilweisen brutalen Strafpraxis des Nationalsozialismus, wie sie in Mißbrauch des richterlichen Ermessens geübt wurde, mit aller Deutlichkeit ein Ende bereiten. Neben der Generalklausel in Ziff. 8a brachte Ziff. 8b eine allgemeine Verweisung auf die am 30. 1. 1933 geltenden Strafrahmen und untersagte dem Richter für den Regelfall die Zumessung einer Strafe, welche die für den vergleichbaren Tatbestand in vornationalsozialistischer Zeit zulässige Höchststrafe überschritten hätte.

Die AAR Nr. 1 war eine typische Notmaßnahme der Besatzungsmächte für eine gewisse Übergangszeit, eine vorläufige Sperrvorschrift summarischen und durchaus fragmentarischen Charakters, die sich nicht klar in das deutsche Rechtssystem einordnen ließ. Sie bietet ein Beispiel für Auslegungsschwierigkeiten des Besatzungsrechts<sup>137</sup>. In der Rechtsprechung entstanden darüber „zahlreiche und im Grunde unfruchtbare Streitfragen“<sup>138</sup>, so die Frage der Identität einer nach 1933 umgewandelten Strafnorm, die Frage nach dem Gesetzescharakter dieser Anweisung, die Einwirkung auf das materielle Strafrecht sowie die Dreiteilung der Straftaten und Erörterungen über den Zeitpunkt ihres Außerkrafttretens am Ende der Übergangszeit.

134) Das deutsche Gerichtspersonal habe abzulassen „von der Unterwürfigkeit gegenüber dem positiven Recht und aufgeschlossen zu sein für die Postulate der humanitären Moral“, Loewenstein, Wiederherstellung von Verwaltung und Justiz im amerikanisch besetzten Deutschland, Harvard Law Review, Vol. 61 (1948) S. 433.

135) Vgl. BGH, Urteil vom 20. 11. 51, JZ 52/118.

136) OGH BZ in DRZ 50/45.

137) Oben, Einleitung unter V.

138) v. Weber, Das Ende der AAR Nr. 1, DRZ 50/218.

Für die deutsche Rechtsprechung war bedeutsam, ob die AAR Nr. 1 als Dienst-anweisung oder als Gesetz im materiellen Sinne anzusehen war. Die Rechtsprechung wollte aus der ganzen Tragweite ihres Inhalts, der abstrakt und generell ein besatzungsrechtliches Eingriffsrecht in das einzelne Verfahren gewährte, den Gesetzescharakter ableiten<sup>139</sup>. Demgegenüber hielt v. Weber<sup>140</sup> unter Hinweis auf die mangelnde Publikation die AAR Nr. 1 für eine eindeutige Verwaltungs-anordnung, einen „Akt der Justizführung“<sup>141</sup>. Diese Auffassung hat sich mit Recht durchgesetzt, in der Rechtsprechung allerdings erst am Ende der Übergangszeit. Die Meinung, die Anweisung sei Gesetz gewesen und habe materielles Strafrecht geschaffen, machte nun allgemein der Beurteilung Platz, die Anweisung habe – das sachliche Strafrecht nicht berührend – dem Richter nur eine Vorschrift über seinen Ermessensgebrauch bei der Strafzumessung gegeben<sup>142</sup>. In diesem Umfange war die Anweisung aber bindend und gehörte zu den die Gerichtsbarkeit beschrän-kenden Maßnahmen. Denn ein Richter ist in seiner rechtsprechenden Tätigkeit sonst an Anweisungen nicht gebunden. Wohl gehörte das Verbot, grausame oder übermäßig hohe Strafen zu verhängen, schon dem übergesetzlichen Recht an und fiel in dieser Natur mit dem Verbot der Besatzungsmächte nur zusammen, das auch in US MRG Nr. 1 Art. IV Ziff. 8 wiederkehrt. Aber die besatzungsrechtliche Ein-wirkung lag darin, daß eine bisher im ungeschriebenen Recht gesetzte, in den Zeit-anschauungen und den persönlichen Auffassungen wandelbare Grenze durch Be-satzungsbefehl zu einer im Hinblick auf Ziff. 8b der Anweisung konkreten Schranke des Ermessens wurde, die zudem durch Strafsanktion gesichert war<sup>143</sup>.

#### d) Beschränkung der Beweiserhebung.

Als weitere Beschränkung deutscher Gerichtstätigkeit durfte ohne Genehmigung der Besatzungsmacht kein Mitglied ihrer Streitkräfte und kein Angestellter als Zeuge geladen, keine Vorlage von Urkunden aus dem Besitz eximierter Personen verlangt werden. Alle Beweiserhebungen, die auch nur in personeller Beziehung in die Sphäre der Besatzung hineinreichten, gehörten nicht mehr zur deutschen Zu-ständigkeit. Dies war keine neuartige Beschränkung. Sie ergab sich schon aus dem allgemeinen Überordnungsverhältnis der Besatzung, die einen „Cordon judiciaire“ um ihre Angehörigen legt.

### 3. Einschränkungen durch Maßnahmen im deutschen Bereich.

Es sind einzelne Fälle bekannt, wo deutsche Verwaltungsstellen ihre Maßnah-men in das Gewand besatzungsrechtlicher Anordnungen kleideten, um sie deut-scher Gerichtsbarkeit zu entziehen. Ein Beispiel bildet der Hamburger Erlaß über Errichtung eines Bauaufsichtsamts vom 11. 5. 1946<sup>144</sup>. Darin heißt es: „Die Verfü-gungen des Bauaufsichtsamts haben die Rechtswirkung einer Anordnung der Mili-tärregierung.“ Damit sollte sowohl der ordentliche Rechtsweg (§ 839 BGB) als auch der Verwaltungsrechtsweg abgeschnitten werden. Ein solches Vorgehen behielt auch als vereinzelt gebliebener Fall seine typische Bedeutung und war als „unzu-lässiges Verstecken hinter der Besatzungsmacht“ zu mißbilligen. Das behördliche Verhalten zeigte, daß einer autoritativen Bürokratie eine besatzungsrechtliche Ab-hängigkeit mit freiem Wirkungskreis nach unten eher genehm sein mochte als ver-antwortliches Handeln unter der Kontrollmöglichkeit der Bevölkerung. An diesem Beispiel zeigt sich auch, wie exekutive Herrschaftsformen der Besatzung auf deut-sche Behörden ansteckend wirken und die Besatzungsziele gefährden konnten. Die

139) OGH BZ in DRZ 49/207 mit zustimmender Anmerkung von Gallas.

140) DRZ 50/217. Auch Meister S. 16 sah in ihr nur eine Anweisung f. d. Strafzumessung.

141) Schöнке, StGB 4. Aufl. S. 61.

142) BGH in JZ 51/273. Damit war auch der Weg frei, ein automatisches Außerkraft-treten anzunehmen. Vgl. oben unter 57.

143) US MRVO Nr. 1 Ziff. 21, die für alle Arten von Besatzungsanordnungen galt.

144) Dazu Ipsen S. 96. Ein weiterer bekannt gewordener Fall ist die Inanspruchnahme priv. Grundstücke durch „Besatzungsbefehle“ deutsch. Behörd.: LG Bremen in NJW 51/528.

deutschen Behörden sollten nicht Formen besatzungsrechtlicher Überordnung kopieren, sondern im Bereich ihrer Entscheidungsbefugnis verantwortlich tätig werden und rechtsstaatliche Formen einhalten.

#### 4. Besatzungsrecht und richterliches Prüfungsrecht.

##### a) Richterliches Prüfungsrecht im innerdeutschen Staatsrecht.

So wie die Verwaltungsgerichtsbarkeit gegenüber der Verwaltung eine gerichtsförmige Kontrolltätigkeit ausübt, stellt das richterliche Prüfungsrecht eine Kontrolltätigkeit der Rechtsprechung gegenüber der Gesetzgebung dar. Recht und Pflicht des deutschen Richters zur Inzidentprüfung von Rechtsnormen hat sich in langer Entwicklung im deutschen Staatsrecht herangebildet<sup>145</sup>. Dabei war nicht beabsichtigt, der Rechtsprechung eine Vormachtstellung gegenüber der Legislative zu gewähren, sondern beide zusammen der Verfassung als der höherwertigen Rechtsquelle zu unterstellen. Überprüfbar sind die Existenz einer Rechtsnorm (formelles Prüfungsrecht) und die Rechtsnorm ihrem Inhalt nach (materielles Prüfungsrecht). Das materielle Prüfungsrecht erstreckt sich auf die Vereinbarkeit von Rechtsverordnungen mit dem Gesetz und von Gesetzen mit der Staatsverfassung<sup>146</sup>. Letzteres Recht ist in neuerer Zeit bei den Staatsgerichtshöfen der Länder an höchster Stelle konzentriert.

Mit diesen Prüfungsbefugnissen wirkt der Richter an der Festlegung des Verhältnisses zwischen Staat und Bürger im einzelnen Streitfall mit, die inzidente Normenkontrolle ist Teil der richterlichen Funktionen. Das richterliche Prüfungsrecht hat im deutschen Staatsrecht seinen festen Platz und es spielt keine Rolle, daß von der internationalen Rechtsvergleichung her gesehen dieses Prüfungsrecht nicht zu den unabdingbaren Grundsätzen des Rechtsstaates gehört<sup>147</sup>. Nach der deutschen Tradition und Verfassungsentwicklung muß innerhalb der Funktionen der Rechtsprechung auch die richterliche Prüfungsbefugnis Erwähnung finden.

##### b) Richterliches Prüfungsrecht in der Besatzungslage.

###### aa) Keine Überprüfung von Besatzungsakten.

Durch die Besetzung wurde die Beziehung des einzelnen Bürgers zur Staatsgewalt in die Problematik der Besatzungslage gerückt. Das richterliche Prüfungsrecht des deutschen Richters bezüglich Besatzungsrechts wäre nicht schon deshalb zu verneinen, weil die Besetzung seit jeher außerhalb der Gerichtsbarkeit des besetzten Landes steht. Denn personelle Exemption und sachliche Überprüfbarkeit von Normen sind an sich zu scheiden<sup>148</sup>. Nach dem 1. Weltkrieg war die Besetzung im Rheinland mit ihren Funktionen konkurrierend und ohne Einfluß auf die deutsche Gerichtsbarkeit neben die deutschen ordentlichen Gerichte getreten<sup>149</sup>, eine Überprüfung ihrer Normen wurde daher für zulässig gehalten. Dagegen war in der Besetzung Deutschlands nach 1945 das Besatzungsrecht mit seinen umgestaltenden Eingriffen in das deutsche Rechtsgefüge Norm höherer Stufe mit weitgehendem Geltungsvorrang. Auf das von der Besetzung gesetzte Recht erstreckte sich deshalb nunmehr das Prüfungsrecht des deutschen Richters nicht.

145) Für die ältere Zeit: Hatschek, Deutsches u. Preußisches Staatsrecht, 1922 Bd. I/27 ff., Bd. II/539, der gegen Kaufmann (JW 1919/901 ff.) und Triepel (AöR Bd. 39/534 ff.) ein materielles Prüfungsrecht für die damalige Zeit noch verneint. In der Rechtsprechung kam die richterliche Zuständigkeit zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen seit RGZ 111/320 voll zum Durchbruch. Für die Übergangszeit: H. v. Weber: Recht und Pflicht des Richters zur Prüfung der Gültigkeit des Strafgesetzes, Vortrag auf dem Juristentag 1947 (DRZ 47/374); Grewe, AöR Bd. 75/242 ff.; heutige Übersicht: Siebert bei Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, 8. Aufl. 1952, Einl. S. 33 ff., wo die Bezeichnung „richterliche Prüfungszuständigkeit“ vorgeschlagen wird.

146) Die problematische Prüfung „verfassungswidriger Verfassungsnormen“ — vgl. die gleichnamige Monographie von Bachof, 1951 u. BVerfGer. in JZ 54/32, andererseits Apelt in NJW 52/1 u. JZ 54/401 — kann hier unerwähnt bleiben.

147) Apelt in NJW 52/2.

148) Für die Rheinlandbesetzung: Fraenkel, S. 207.

149) Kleinrahm in DRZ 48/233, 234.

Die richterlichen Funktionen waren insoweit eingeschränkt. Es galt der Satz: „Besatzungsrecht bricht Landesrecht“<sup>150</sup>. Die Gültigkeit von Besatzungsnormen war höchstens am Völkerrecht zu messen und nicht nach irgend einem Landesrecht. Damit blieb vereinbar, daß bei Fehlen andersartiger Bestimmungen Besatzungsrecht als Teil des innerstaatlichen Rechts zu behandeln war<sup>151</sup>. Der überpositive Grundsatz der Unüberprüfbarkeit war auch zusätzlich in verschiedenen Besatzungsgesetzen normiert<sup>152</sup>.

Auch gegenüber dem neu entstehenden Landesverfassungsrecht blieb das Besatzungsrecht noch höherwertige<sup>153</sup> Rechtsquelle. Die Verfassungsgerichtshöfe der Länder erlangten kein Prüfungsrecht gegenüber Besatzungsrecht, so unbefriedigend dieser Zustand von deutscher Seite empfunden wurde. Die abweichende Ansicht<sup>154</sup> entsprach nicht der Verfassungswirklichkeit der Übergangszeit und konnte sich in der Praxis nicht durchsetzen.

Somit bestand für den deutschen Richter keine Handhabe zur Nachprüfung von Besatzungsrecht. Wenn auch Überschreitungen der Kompetenz nicht unmittelbar geltend gemacht werden konnten, war damit die Macht der Besatzungsorgane keineswegs eine schrankenlose<sup>155</sup>. Konnte das Besatzungsrecht als Norm höheren Ranges nicht auf Vereinbarkeit mit deutschem Recht überprüft werden, so erging umgekehrt jedes richterliche Urteil unter der stillschweigenden Feststellung, daß die angewendeten deutschen Normen mit Besatzungsrecht vereinbar waren. Deutsches Landesrecht war bei Verstößen gegen Besatzungsrecht unwirksam und diese Unwirksamkeit im Einzelfall vom Richter festzustellen<sup>156</sup>. Diese Aufgabe blieb nicht etwa den Besatzungsbehörden vorbehalten. Denn mit deren Genehmigung war nur über die politische Unbedenklichkeit des Gesetzes befunden, die Genehmigung stellte nicht auch die sachliche Vereinbarkeit eines Landesgesetzes mit Besatzungsrecht fest.

#### bb) Das Prüfungsrecht bezüglich deutscher Akte.

Auch die Prüfung deutschen Rechts, das unter den Augen der Besatzungsmächte gesetzt wurde, berührte Besatzungsbelange, da es in der Übergangszeit eine völlig besatzungsfreie Sphäre nicht gab. In einem ganz weiten Sinn war das ganze neu entstehende Recht „Besatzungsrecht“. Bei so weiter Erstreckung des Begriffs hätte das richterliche Prüfungsrecht keinen Anwendungsbereich behalten. Obwohl ein Richter bei seinem Urteil mittelbar oft zugleich zu einer Würdigung von Besatzungsakten auf dem Gebiet der Lenkung und Aufsicht genötigt sein konnte, bestand das richterliche Prüfungsrecht für innerdeutsche Akte auch unter der Besatzung. Abgesehen von der nur formellen Bedeutung besatzungsrechtlicher Zustimmung<sup>157</sup> war auch materiell die überkommene Prüfungsbefugnis innerdeutschen Rechts mit der Besatzungslage vereinbar. Die Besatzungshoheit war nicht ausschließlich eine monistisch-absolute Gewalt, sondern richtete ihre Bemühungen darauf, die Grundlagen einer rechtsstaatlichen Ordnung zu verankern. Infolge dieser Zielsetzung lief die mit dem Wesen der Gerichtsbarkeit verbundene Entscheidungsfreiheit dem Grundsatz der Wahrung der Besatzungsautorität nicht zuwider, soweit die Besat-

150) Für viele: Ipsen S. 102; Grewe in AöR 75/236; Schneider in AöR 74/494; Baur in DRZ 50/151; Röhreke in DRZ 50/35 (III); Jellinek in DRZ 48/271; Peters, Lehrbuch S. 88; v. Turegg, Lehrbuch S. 206; Bayr. VGH in SJZ 49/210; nach Ende der Übergangszeit auch BVerfGer. in JZ 52/30 u. Zweigert in JZ 52 S. 322.

151) Vgl. oben, Einl. IV.

152) MRG Nr. 2 VI 10 d; § 2 Anlage zur VO Nr. 165 (VOBl britische Zone 1948/274); später auch Art. III 1 des AHKG Nr. 13.

153) Im einzelnen dazu 3. Hauptteil I 2 und 3. Der Bayr. VGH (DÖV 52/373, 374) bezeichnet die einer Landesverfassung vorgehenden Besatzungsnormen sprachlich wenig glücklich als „überverfassungsmäßige Normen“.

154) Dehler in SJZ 49/210 ff.

155) Im einzelnen unten, 3. Hauptteil I 2.

156) Grewe in Anm. zu einem Urteil des VGH Bebenhausen, AöR Bd. 75/236 ff. (242); OGH BZ in MDR 48/412; v. Turegg, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 2. Aufl., 1954, S. 206.

157) OLG Düsseldorf in HEZ 1/240.

zung ihr Vertrauen in deutsche Stellen gesetzt und diesen selbständige Befugnisse gegeben hatte<sup>158</sup>.

Zwei spezielle Bereiche deutschen Rechts, auf die sich das richterliche Prüfungsrecht gleichfalls erstreckte, sind wegen ihrer Problematik besonders zu erwähnen: Das sogenannte mittelbare Besatzungsrecht und deutsche Durchführungsverordnungen zu Besatzungsvorschriften.

Als mittelbares oder verdecktes Besatzungsrecht werden diejenigen Rechtsnormen bezeichnet, die von deutschen Stellen erlassen sind, ohne daß sie schon darum eindeutig zum Bereich deutscher Rechtssätze zu rechnen wären. Denn es sind die Fälle gemeint, wo die deutsche Stelle keine Ermächtigung zu eigener freier Entscheidung hatte. Sie kam nur erteilten bindenden Weisungen nach<sup>159</sup>, von der Besatzung befohlene Vorschriften zu verkünden, ohne in der erlassenen Anordnung diese Weisung zum Ausdruck zu bringen. Es handelt sich also um Vorschriften, die „formell deutsches Recht und materiell Besatzungsrecht“ sind<sup>160</sup>. Verschiedene deutsche Gerichte hatten sich für die Unüberprüfbarkeit solchen Rechts ausgesprochen<sup>161</sup>.

Der Unterschied zwischen Ermächtigung zu eigener Tätigkeit und (nicht offen gelegter) Anweisung zu bestimmtem Handeln ist sicherlich bedeutsam, so für die Frage nach der weiterhin verpflichtenden Kraft der deutschen Rechtsordnung, die Weitergeltung von Normen über die Übergangszeit hinaus (Art. 123 ff. GG) und für eine Gesetzesänderung unter Beteiligung der Besatzungsmacht (nach 1949 Ziff. 5 des Besatzungsstatuts). Für das richterliche Prüfungsrecht kann eine nicht ohne weiteres sichtbare Unterscheidung keine Rolle spielen. Brachte die deutsche Behörde die ihr gegebene Anweisung nicht zum Ausdruck, so mußte die Überprüfbarkeit ganz von internen Vorgängen im Verhältnis zur Besatzungsmacht abhängen, die im Streitfall erst hätten ermittelt werden müssen. Rechtsvorschriften deutscher Stellen, die ohne erkennbaren Bezug auf eine besatzungsrechtliche bindende Weisung im Gewande deutschen Rechts erlassen wurden, waren deshalb auch als deutsche Rechtsvorschriften anzusehen, was das richterliche Prüfungsrecht anbetrifft. Die Bereiche von Macht und Verantwortung sollen nicht auseinanderfallen<sup>162</sup>. Eine unzulässige Einwirkung in den Besatzungsbereich lag damit nicht vor, da die deutsche Behörde einen Besatzungsbefehl gerade nicht ausführte und Abweichendes anordnete. Ein deutsches Organ übte die deutsche Staatsgewalt aus, solange der bei seinen Akten wirksame Besetzungseinfluß nicht einen derartigen Grad erreichte (bindende Anweisung), daß dadurch die deutsche Stelle nach außen erkennbar Ausführungsorgan der Besatzung wurde.

Soweit verschiedentlich deutsche Anordnungen zum mittelbaren Besatzungsrecht gerechnet wurden, wenn die bindende Anweisung dazu im Text der Anordnung erwähnt war, handelte es sich um eine formale und entbehrliche Begriffsbildung. Die Frage der Überprüfbarkeit konnte richtiger Ansicht nach hier nicht auftauchen, da solches „mittelbares Besatzungsrecht“ zu den unmittelbaren Einwirkungen der Besatzung gehörte und schon darum der Sphäre des deutschen Richters entrückt war<sup>163</sup>.

158) Dazu Baur in DRZ 50/151.

159) Stödter, S. 251.

160) Handbuch § 21 II; Zweigert in JZ 52/322.

161) Bad. StGH in AöR Bd. 75/494; ebenso in SJZ 49/215; Bad. VGH in AöR Bd. 75/493; auch das BVerfGer. nimmt an, solche der Form nach deutschen Rechtsvorschriften würden „in gewissem Umfang vom Wesen des Besatzungsrechts mitgeriffen“ (BVerfGE 2/181 [199 ff.]).

162) Schneider in AöR Bd. 75/494; in demselben Sinne der jurist. Ausschuß der Ministerpräsidenten in „Rechtsvorschriften der Besatzungsmächte“, S. 6; BVG Berlin (brit. Sektor) in DV 49/614 Zweigert in JZ 52/322. Gegen die spätere gegenteilige Auffassung der Unüberprüfbarkeit des BVerfGer. auch H. Maier in JZ 53/367, allerdings mit dem BVerfGer. übereinstimmend und gegen Schneider in dem Punkte, daß es auf eine Offenlegung der Anweisung nicht ankomme.

163) Handbuch § 21 II und § 25. Auch der Bayr. VGH hielt nur das mittelbare Besatzungsrecht im engeren Sinne für nachprüfbar: Bayr. GVBl 1950/97 ff.

Ebenso ist für deutsche Durchführungsverordnungen zu Besatzungsrecht die Prüfungszuständigkeit des deutschen Richters zu bejahen. Diese werden von Baur<sup>164</sup> mit mittelbarem Besatzungsrecht zusammen genannt. Die Besonderheit liegt aber darin, daß sie sich ausdrücklich auf das Besatzungsrecht beziehen, dessen Durchführung sie dienen, und dennoch für die Prüfungszuständigkeit als deutsche Rechtsvorschriften angesehen werden. Sie unterstehen dem Besatzungsrecht, von dem die Ermächtigung ausgeht, und als nachgeordnete Rechtsquelle zugleich der Landesverfassung, wenn die Ermächtigung nicht ausdrücklich deren Durchbrechung mitumfaßte. Denn der rechtsstaatliche Charakter ist unteilbar<sup>165</sup>. Eine eigenverantwortliche Durchführungstätigkeit ließ in diesem Falle ungeachtet der besatzungsrechtlichen Herkunft zugleich einen deutschen Funktionenbereich entstehen.

### cc) Erweiterte Prüfungs-Rechte und -Pflichten.

Der Einschränkung in der Überprüfung standen in der Übergangszeit andersartige, erweiterte Prüfungs-Rechte und -Pflichten gegenüber, die sich auf Anwendung und Auslegung von Vorschriften aus der NS-Zeit bezogen.

Die erweiterte Prüfungsbefugnis erstreckte sich einmal auf ausdrücklich aufgehobene Vorschriften. Deren Aufhebung durch Kontrollrat oder Zonenbefehlshaber hatte grundsätzlich keine rückwirkende Kraft, so daß ihre Anwendung für einen aus der Zeit vor 1945 jetzt zu beurteilenden Tatbestand an sich in Frage kommen konnte. Da aber auch für die Zeit vor der förmlichen Aufhebung der Richter einem Gesetz den Gehorsam dann zu versagen hatte, wenn das Gesetz nur Ungerechtigkeit und Ungleichheit fördern konnte, ergab sich eine neue Prüfungszuständigkeit<sup>166</sup>.

Ferner bezogen sich die erweiterten Prüfungsbefugnisse auf dem Wortlaut nach fortgeltendes Recht. Wohl bestand nach dem ersten Anschein eine Vermutung für die Weitergeltung nicht ausdrücklich aufgehobener Vorschriften über 1945 hinaus<sup>167</sup>. Aber die Aufhebung bisherigen Rechts war nicht die Frucht einer systematischen Generalrevision der NS-Gesetzgebung, was bei mehr als 30 000 Seiten Gesetzes-text in der Zeit von 1933 bis 1945 eine unlösbare Aufgabe gewesen wäre. Sie erfolgte sporadisch und in Einzelakten, zur Beseitigung grober Mißstände und Ungerechtigkeiten, wie sie sich im Verbot von Parteien, in der Rassengesetzgebung usw. äußerten<sup>168</sup>. Es blieb also ein weites Feld sorgfältiger Einzelüberprüfung, die bei dem Umfang der Aufgabe nicht in kurzer Zeit und von der Höhe des Gesetzgebers aus geleistet werden konnte. Dies galt auch für das am sorgfältigsten durchgeprüfte Gebiet des Strafrechts<sup>169</sup>.

Die Gegenmeinung, daß eine summarische Überprüfung durch die Besatzung deutscher Nachprüfung keinen Raum lasse<sup>170</sup>, verdient ebensowenig Anerkennung wie eine Mittelmeinung, wonach das StGB selbst als durchgeprüft gelten sollte, und nur für Nebengesetze eine Überprüfung notwendig und zulässig gewesen wäre<sup>171</sup>.

Der deutsche Richter – und darüber hinaus auch der Verwaltungsbeamte –, war nach MRG Nr. 1 Art. II und KRG Nr. 1 Art. II ermächtigt, selbst die Fortgeltung nicht ausdrücklich aufgehobener Bestimmungen aus der früheren Zeit zu prüfen. Bei einem grundlegenden Wechsel der staatlichen Ordnung, wie er sich 1945 vollzog, war die Nichtanwendung früheren Rechts in bestimmtem Umfang gerechtfertigt.

164) DRZ 50/151 unter c.

165) Roemer in SJZ 50/571 zu einer Entsch. des Bayr. VGH. Weiter Bayr. VGH in DÖV 52/372; Ausführ. VO der Länder zum Besatzungsrecht – wie die bayr. VO vom 6. 12. 46 zum KRG Nr. 18 – sind verfassungsgebunden, soweit die ermächtigende Norm nicht ausdrücklich oder sinngemäß etwas anderes bestimmt.

166) US MRG Nr. 1 Art. II.

167) US MRG Nr. 1 Art. III; OLG Braunschweig in HEST Bd. 1/50; OLG Bamberg in MDR 50/56.

168) Zu weitgehend Clay S. 246: „The Legal Division searched out and abolished all undesirable Nazi Laws and drafted suitable legislation in their place.“

169) OLG Oldenburg in MDR 50/568; OGH BZ, Nachweise in JZ 51/306.

170) OLG Koblenz in NJW 50/614; OLG Hamburg in JZ 51/305 ff.

171) LG Hagen in MDR 47/270.

figt. Im allgemeinen tritt eine Rechtsnorm nicht ohne weiteres bei einer späteren Änderung der Rechtsanschauungen, die bei ihrem Inkrafttreten maßgebend waren, außer Kraft. Ein Wechsel der Staatsordnung bedingt noch nicht einen Wechsel der Rechtsordnung. Dieser Grundsatz der Kontinuität galt auch 1945 als Regel, in Anbetracht der einmaligen Lage aber nicht ohne Ausnahmen<sup>172</sup>. Der Rechtsgrund der Nichtanwendung früherer Gesetze lag auch schon in dem Gedanken, daß bestimmte Gesetze gegen die öffentliche Ordnung verstießen oder deren Grundlagen gefährdeten (cf. Art. 30 EGBGB)<sup>173</sup>.

Bei den erweiterter Prüfung unterliegenden Vorschriften konnte es sich handeln um Bestandteile der NS-Verfassungsstruktur, deren Unwirksamkeit in jedem Fall nur deklaratorisch festgestellt zu werden brauchte<sup>174</sup>, oder um Gesetze mit NS-Gehalt<sup>175</sup>, die nur aus den unter dem früheren Regime herrschenden und mit dessen Wegfall überwundenen Anschauungen verstanden werden konnten. Sie waren nicht mehr anzuwenden, wenn eine Prüfung diesen eindeutigen Sinn ergab<sup>176</sup>. Bedenken aus der Gewaltenteilung konnten nicht entgegenstehen. Die Militärregierungen gaben gerade für einen Ausnahmefall dem Richter über die klassische Gewaltenteilung hinausgehende Befugnisse. Von dem überkommenen richterlichen Prüfungsrecht unterscheiden sie sich dadurch, daß seinerzeit äußerlich ordnungsgemäß erlassene und inhaltlich gültige Gesetze den Gegenstand der Prüfung bildeten, die erst von einem bestimmten Zeitpunkt an fragwürdig geworden und nicht von vornherein nichtig waren. Handelte es sich dabei um Einzelbestimmungen aus Gesetzen der Zeit vor der Kapitulation, deren Nichtanwendbarkeit festzustellen war, so blieben die nicht zu beanstandenen Teile dieses Gesetzes gültig<sup>177</sup>.

Über den anzulegenden Maßstab, um den typischen NS-Gehalt eines Gesetzes festzustellen, herrschte Streit. Wengler wollte darauf abstellen, ob das Gesetz ohne die Einflüsse des Nationalsozialismus das Ergebnis einer normalen Rechtsentwicklung gewesen wäre<sup>178</sup>, eine hypothetische und deshalb sehr unsichere Methode. Nach einem eher praktischen Vorschlag von Meister<sup>179</sup> sollte es darauf ankommen, ob ein Gesetz nicht auch aus NS-Erwägungen, sondern nur aus solchen verstanden werden konnte. Die Bedeutung dieser Prüfungszuständigkeit ging weit über die erste Besetzungszeit hinaus und zeigte sich in immer neuen Anwendungsfällen<sup>180</sup>.

#### dd) Die Unüberprüfbarkeit von Besatzungsrecht insbesondere.

Die Unüberprüfbarkeit wird allgemein vertreten, wenn auch mit unterschiedlicher Begründung. Besatzungsrecht ist am Völkerrecht zu messen, nicht an der Rechtsordnung seines Geltungsgebietes. Wenn man Besatzungsrecht als Völkerrecht qualifizieren würde<sup>181</sup>, ergäbe sich diese Folge für die Prüfungsmöglichkeit ohne weiteres. Man muß Besatzungsrecht aber auch dann als nicht nachprüfbar ansehen, wenn man es im Rang zwischen Völkerrecht und Landesrecht einstuft und es für Auslegung und Anwendung sogar dem innerstaatlichen Recht zuordnet. Denn sein

172) BGHZ 1/369 (375) = JZ 51/635; BVerfGE 3/58 ff. unter Z; eindringl. Giese in JZ 53/170.

173) Dazu Wengler, JR 49/76: Der „Nachhall der Kommandoworte des NS-Gesetzgebers“ dürfte keinen posthumen unbedingten Gehorsam erzeugen. Zum Ordre-Public-Gedanken BGHZ 1/369 ff.

174) Oben zu Fußnote 13.

175) Über die Zweifelsfrage, ob die NS-Gesetzgebung als Rechtsordnung gelten konnte: oben zu Fußnote 18.

176) A. A. nur OLG Hamburg in MDR 47/137: Der Richter müsse ein Gesetz trotz solcher Prüfung weiter anwenden, nur mit geänderter Auslegung. Andernfalls würde die in der Gewaltenteilung gesetzte Grenze verwischt.

177) Als Beispiel die Rechtsprechung zum Heilpraktikergesetz, OVG Hamburg in DVBl 50/644; BVG Berlin in NJW 51/616; zweifelnd Giese in JZ 53/170 2. Spalte.

178) JR 49/67 ff.

179) Meister, S. 8.

180) Beispiele aus der Zeit nach 1949: Zu § 353 c StGB BGH in JZ 53/148; zur 11. VO zum Reichsbürgergesetz (Beschlagnahme jüdischer Vermögen) v. Schenck in JZ 53/136 bei der Frage, ob eine Nachfolgeorganisation sich für versehentlich nicht eingezogenes, an den Eigentümer zurückgelangtes Vermögen auf diese Verordnung berufen kann.

181) So Stödter, S. 213, 257.

Gesetzgeber steht außerhalb des deutschen Staatsrechts und in einem eindeutigen Überordnungsverhältnis zu diesem. Gerade in der mangelnden Prüfungsmöglichkeit zeigt sich, daß die innerstaatliche Einordnung des Besatzungsrechts für die praktische Anwendung keine vollkommene sein kann. Die Besatzungsmacht behält sich aus Gründen der Autorität vor, eine etwaige Unwirksamkeit einer Anordnung selbst festzustellen<sup>182</sup>.

Trotz fehlender förmlicher Prüfungskompetenzen wurden doch von deutscher Seite mit aller Eindringlichkeit die Grenzen erörtert, die vom Völkerrecht her jeder Besatzungsgewalt gesetzt sind<sup>183</sup>. Aber es mangelte an einem anerkannten Organ, das diese Grenzen hätte aufzeigen und zur Wirkung bringen können. Das Verlangen nach einem unabhängigen Schiedsorgan im Bereich des Besatzungsrechts blieb unerfüllt<sup>184</sup>. Jellinek bezeichnete die HLKO von 1897 und 1907 insofern als rückständig, als sie einen gerichtlichen Schutz gegen Besatzungsakte nicht vorsah<sup>185</sup>. Dieses Ziel der Juridifizierung konnte auch in der Übergangszeit nicht erreicht werden. Es ist ein langer Weg von einem souveränen Machtstaat des 19. Jahrhunderts zu einem Rechtsstaat, der auch einer internationalen Rechtsordnung nach außen hin sich zwingend verpflichtet fühlt, ohne die weiten Ausnahmen einer „Ehren- und Interessenklausel“<sup>186</sup>, die bis in die jüngste Zeit der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit nur einen Anwendungsbereich in wirtschaftlichen Fragen ermöglichten<sup>187</sup>. Nur die schrittweise Gewöhnung an eine Autorität des Rechts auch in sogenannten Machtfragen könnte hier Wandel schaffen. Die Erschütterungen der letzten Jahrzehnte waren einer solchen stetigen Fortentwicklung des internationalen Rechts nicht günstig, mochten auch namhafte Autoren der Völkerrechtswissenschaft den künftigen Weg aufzeigen<sup>188</sup>.

So konnte auch im Besatzungsrecht die Entwicklung dieser allgemein noch unge lösten Fragen nicht vorangetrieben werden. Deutsche Gerichte waren für eine Prüfung nicht zuständig, aber auch eine förmliche Zuständigkeit von Besatzungsgerichten<sup>189</sup> wäre nicht wünschenswert gewesen. Beide Stellen wären nicht die geeigneten Organe zur unabhängigen Schlichtung von Konflikten aus dem Besatzungsrecht<sup>190</sup>. Schon Fraenkel äußerte solche Zweifel<sup>191</sup>, ob jede der beiden Seiten in der Lage sei, Besatzungsrecht mit derselben Unbefangenheit anzuwenden wie ihre eigene Rechtsordnung. Bei dem Fehlen einer nachprüfenden Instanz<sup>192</sup> wurde schon die Schaffung von gemischten Gerichten vorgeschlagen, die über die Rechtmäßigkeit von Besatzungsakten entscheiden sollten<sup>193</sup>.

Von Bedeutung war eine Zeit lang die Frage, ob bei Fehlen anderer Organe nicht die Gerichte der Heimatstaaten der besetzenden Macht befugt und verpflichtet seien, die Rechte von Bürgern des besetzten Gebietes zu sanktionieren. So haben in Kriegsverbrecherprozessen von US-Militärgerichten verurteilte Deutsche Habeas-Corpus-Gesuche an amerikanische Gerichte eingereicht. Bei Bejahung der

182) Dehler in SJZ 49/212. Das BVerfGer. (JZ 52/559) spricht von der „die deutsche Staatsgewalt überwölbenden“ Besatzungsgewalt.

183) Handbuch § 5 S. 13 und unten 3. Hauptteil I 2.

184) Ipsen in AöR Bd. 75/222.

185) DRZ 48/271.

186) Jessup S. 47 spricht vom „Prestigefaktor“.

187) Über Entwicklung und Aspekte: Staatslexikon (Herder) 1926 2. Band, S. 1526.

188) So Wigmore, „A Guide to American International Law and Practice, New York 1943, zu welchem Werk Münchmeyer schreibt: (Arch. f. Völkerrecht, 1950, 2. Bd. S. 375): „Der selbst während des Krieges sichtbar werdende Idealismus und der Glaube an ein kommendes Völkerrecht, das alle Streitigkeiten durch Urteil regeln wird und den Krieg nur noch als einen Kreuzzug gegen einen Rechtsbrecher kennen darf, wenn alle anderen Mittel erfolglos geblieben sind, findet in Wigmore einen überzeugten Interpreten.“ — Für die Gegenwart der Übergangszeit stellte Radbruch mit Recht fest, daß „ein Weltrechtler den Weltbürger voraussetze.“ (Zeitschr. f. d. ges. StaaWiss., Bd. 106/389).

189) Diese war in der brit. Zone verboten und wurde in der US-Zone nur vereinzelt praktisch, vgl. Handbuch § 25 S. 23.

190) Radbruch in Zeitschr. f. d. ges. StaaWiss., Bd. 106 (1950) S. 385.

191) „Military Occupation . . .“, S. 207.

192) Ipsen S 103, 104; Laun S. 55 spricht von „Naturalobligation“.

193) „Bürgerrechte und Besatzungsgewalt“, Seite 98.

Zuständigkeit stünden auch hier Prestigeinteressen der Besatzungsmacht auf dem Spiel, wenn auch nicht derart unmittelbar, als wenn Militärgerichte im besetzten Gebiet mit einem solchen Fall befaßt blieben. Die angegangenen amerikanischen Gerichte des Regierungssitzes Washington verneinten aber durch drei Instanzen ihre Zuständigkeit<sup>194</sup>. Zur Begründung wurde angenommen, daß durch ein ordnungsgemäß zusammengesetztes Militärgericht verurteilte feindliche Ausländer nicht der Gerichtsbarkeit eines inneramerikanischen Gerichts unterständen. Die Frage, ob dem Obersten Gerichtshof die letzte Entscheidung über Maßnahmen in besetzten Feindgebieten zustehe, sei ein „äußerst akutes Problem“. Die Funktionen der Militärregierung seien der Machtbefugnis der Exekutive entsprungen<sup>195</sup>. Für die ablehnende Begründung wird also das Argument, die Militärregierung übe eine von der amerikanischen Staatsgewalt zu unterscheidende Funktion aus<sup>196</sup>, nicht ausdrücklich herangezogen.

Somit waren bei Unzuständigkeit anderer Stellen und beim Fehlen eines unabhängigen Schiedsorgans auch solche Gesetze und Anordnungen der Besatzungsmächte zu befolgen, die nach deutscher Ansicht mit den Grundsätzen des Völkerrechts nicht in Einklang zu stehen schienen. Die Tatsache der Völkerrechtswidrigkeit mochte bestehen, sie konnte aber zu keinen unmittelbaren Konsequenzen führen. Eigentliche Rechtsbehelfe gab es nicht, es blieb nur die Möglichkeit, Gegenvorstellungen zu erheben. Zu einem späteren Zeitpunkt machte der BGH<sup>197</sup> zu dieser Frage Ausführungen, die als allgemeine Erwägungen zum Besatzungsrecht bedeutsam sind:

„Es stellt eine Verkenennung der Aufgaben des ordentlichen Gerichts bei der Rechtsanwendung dar, wenn es sich ohne eigene Prüfung mit der bindenden Wirkung einer Einzelanordnung der Besatzungsbehörde abfindet und nicht erkennt, daß die Besatzungsbehörde selbst die Möglichkeit von Gegenvorstellungen . . . den ordentlichen Gerichten an die Hand gibt. In der Notwendigkeit eigener Prüfung erweist sich die Bedeutung und Aufgabe der unabhängigen Rechtsprechung, die auch gegenüber Anordnungen der Besatzungsbehörde nach Maßgabe der bestehenden Gesetze ihre Wirksamkeit hat. Nur auf diesem Wege ist es möglich, daß die Gerichte ihrer Aufgabe zur Wahrung des Rechts nachkommen.“

In der Wissenschaft wurden Stimmen laut, die Gebundenheit des Richters auch in völkerrechtlichen Fragen an die jeweilige Auffassung der Besatzungsmacht zu lösen und auf diesem Wege Besatzungsmaßnahmen und Völkerrecht in Einklang zu halten. F. A. Mann<sup>198</sup> erhob die Forderung, der Richter müsse allgemein völkerrechtliche Fragen in Prozessen nur aus seiner Überzeugung selbstverantwortlich entscheiden<sup>199</sup>. Die bei Tatbeständen mit völkerrechtlichem Einschlag früher schon erkennbare Tendenz zur Unterwerfung unter die Exekutive habe sich unter der Besatzung verstärkt. Der Richter müsse aber gerade in völkerrechtlichen Fragen mehr dem Recht als der jeweiligen Regierung folgen. Jedoch werden sich diese zukunftsweisenden Gedanken solange schwerlich verwirklichen lassen, wie es eine homogene Auffassung des Völkerrechts nicht gibt.

194) Vgl. „Die Neue Zeitung“ vom 22. 2. 51 „Das Berufungsverfahren in den USA“ und Domke in JZ 51/285 unter 8, wonach von 1948–1950 über 200 Habeas-Corpus-Gesuche von innerhalb Deutschlands in Haft gehaltenen Deutschen allein vom Obersten Gerichtshof der USA aus diesem Grunde abgelehnt wurden.

195) Nach Charles Fairman (Stanford University) zitiert aus „Die Neue Zeitung“ a. a. O.

196) Hermann Schmid S. 31, 69 unter Hinweis auf Neumayer, Internationales Verwaltungsrecht, Band IV S. 539, 545.

197) Unter der Geltung des AHKG Nr. 13: BGH Urteil v. 9. 5. 51, BGHZ 2/77 = JZ 51/600, dazu (zweifelnd am Wert solchen Vorgehens) H. Maier in JZ 53/500 rechte Spalte.

198) Auf der ersten Tagung der deutschen Vereinigung für internationales Recht 1950 in Frankfurt a. M.; Bericht der Rede in NJW 50/336 u. DRZ 50/298, dazu der Aufsatz „Völkerrecht im Prozeß“ desselben Verfassers in SJZ 50/545 ff.

199) Gegen eine derartige Bindung der Gerichte an Instruktionen der politischen Behörden auch Guggenheim Band 1 S. 44.

Das Besatzungsregime sollte gerade auf Durchsetzung des Rechts nach einer Epoche wesenhaften Unrechts<sup>200</sup> gerichtet sein. Deshalb sollte die Faustregel der praktischen Positivität, des Geltungsvorrangs auf jeden Fall, nicht jede Prüfungsmöglichkeit abschneiden. Auch die Durchsetzung aufrichtiger Besatzungsziele konnte leicht der Kritik und dem Argwohn der öffentlichen Meinung begegnen, wenn sie im Wege unprüfbarer Hoheitsakte geschah. Bei der problematischen Doppelstellung der Besatzungsgewalt<sup>201</sup> lagen Konflikte der Interessen nicht außerhalb des Möglichen.

Außer der Möglichkeit von Gegenvorstellungen wäre als ultimo ratio ein „Naturrecht des richterlichen Widerstandes“ zu erwähnen<sup>202</sup>, wo Maßnahmen der Besatzungsmächte, seien es nun Verwaltungsanordnungen oder Rechtsnormen, sich nicht in den äußersten völkerrechtlichen Grenzen halten. Von der höheren Warte des richterlichen Gewissens als einer letzten und höchsten Rechtsquelle müßten die graduellen Unterschiede von Besatzungsrecht und innerdeutschem Recht zusammenschrupfen und die Entscheidung zwischen Recht und Unrecht höher stehen als eine formelle Rangordnung gesetzgeberischer Zuständigkeiten. Nur dies entspräche der vielzitierten „Unteilbarkeit des Rechts“.

Daß in der Übergangszeit Konflikte sich nicht zu dieser Konsequenz zuspitzten, mag ebenso dem im ganzen maßvollen Vorgehen der westlichen Besatzungsmächte zuzuschreiben sein wie der Zurückhaltung deutscher Stellen, die es bei der schwer übersehbaren politischen Auswirkung von Konflikten mit Besatzungsorganen nicht auf eine äußerste Bewährungsprobe des Rechts ankommen lassen wollten. Bei den Bemühungen, die Erscheinungen der Besetzung rechtlich zu durchdringen, steckt somit doch ein Kern von Wahrheit in der Feststellung: „Besatzungsfragen sind Machtfragen“.

## **5. Die Rechtsprechungsbefugnis des deutschen Richters im sonach verbliebenen Bereich.**

Trotz aller dieser Beschränkungen gab es eine deutsche Gerichtsbarkeit während der Übergangszeit. Sie beruhte auf der von der Besatzung gegebenen Ermächtigung<sup>203</sup>. Erst seit Besatzungsstatut und AHKG Nr. 13 ist die Ermächtigung wieder aus dem deutschen Gesetz hergeleitet. Aber nur die Ermächtigung, nicht die Gerichtsbarkeit selbst rührte von der Besatzung her. Die Eröffnung nach Schließung war eine „Wiedereröffnung“ und änderte den Organcharakter nicht<sup>204</sup>. Zudem sprachen die Gerichte nicht Recht im Namen des Kontrollrats oder einer einzelnen Besatzungsmacht. Auch dies läßt die Rechtsprechung als deutsche Funktion und die besatzungsrechtlichen Einwirkungen als Beschränkung dieser Funktion erscheinen. Die Beschränkungen gingen nicht so weit wie anfänglich bei manchen Dienststellen der Verwaltung, bei denen der Grad von Abhängigkeit zuweilen zu wirklichen Zweifeln über ihre Rechtsnatur Anlaß geben mochte<sup>205</sup>.

Die von den Besatzungsmächten ausgeübte Gerichtsbarkeit stand neben der deutschen Gerichtsbarkeit funktionell getrennt, wenn auch durch das Wirken innerhalb desselben Gebietes gegenüber derselben Bevölkerung und unter teilweiser Anwendung derselben Rechtsnormen sich zwischen beiden mehr Berührungspunkte ergaben als bei den Militärgerichten bei früheren Okkupationsfällen, die in erster Linie für die eigenen Streitkräfte fungierten und nur ein Teilgebiet besetzt hielten. Aber auch jetzt blieb die Trennung im Prinzip beibehalten. Es gab nicht einen durchgehenden Instanzenzug durch beide Gerichtsbarkeiten. Als Anomalie in die-

200) Fritz v. Hippel, Die Nationalsozialistische Herrschaftsordnung als Warnung und Lehre, 2. Aufl. 1947 (Recht u. Staat in Geschichte und Gegenwart Bd. 129).

201) Dazu 3. Hauptteil I 1 am Ende.

202) W. Becker in SJZ 47/480.

203) KR-Proklamation Nr. 3 Art. 5; KRG Nr. 4; MRG Nr. 2.

204) Vgl. oben zu Fußnote 78.

205) Mosler, „Die Spruchgerichte“, 1948/285.

sem Sinne kennt nur das Rückerstattungsverfahren der britischen und US-Zone die Appellation an ein aus Angehörigen der besetzenden Macht gebildetes Gericht.

Der fortschreitende Wiederaufbau der deutschen Rechtspflege zeichnete sich schon während der Übergangszeit sichtbar ab<sup>206</sup>. Die Kritik dieser Reorganisation bei einzelnen amerikanischen Autoren<sup>207</sup> war allzusehr an den Maßstäben eines spezifisch angelsächsischen Rechtsdenkens orientiert. Sie bewertete das Erreichte zu gering oder gar als Fehlentwicklung, wo es von dem „American way of life“ abwich. Aus der Reaktion der öffentlichen Meinung in den USA erklärt es sich auch, daß die US-Besatzungsmacht zu einer baldigen Verselbständigung der deutschen Rechtspflege nicht geneigt war. Man befürchtete, eine zu früh zurückgegebene Selbständigkeit käme nicht der Stellung des Richters zugute, sondern würde ihn veranlassen, „in die alte Unterwürfigkeit gegenüber staatlicher Kommandogewalt zurückzufallen“.

Trotz der Fortschritte blieb die Tatsache einer theoretisch umfassenden Besatzungskompetenz im Bereich der Gerichtsbarkeit, mochte auch die Besatzung von dieser Kompetenz nur schonend Gebrauch machen. Der *nedde*<sup>208</sup> hielt diese Einwirkungsmöglichkeiten für ein Beispiel solcher Normen, die ein Schattendasein führen und kein Bild der wahren Rechtslage geben. Die Besatzung habe in der britischen Zone die deutsche Gerichtsbarkeit stets respektiert. Mit rechtsstaatlichem Denken unvereinbare Maßnahmen wie

Richterentlassung durch einfachen Verwaltungsbefehl,  
Eingriffe in schwebende Verfahren,  
Aufhebung oder Abänderung von Entscheidungen

seien nicht vorgekommen. Ähnliches ist für die US-Zone bezeugt<sup>209</sup>. In dieselbe Richtung gingen schon die Richtlinien der US-Militärregierung vom Juli 1947, in denen es heißt: „Sie haben die Unabhängigkeit der deutschen Gerichte zu fördern, indem Sie ihnen Freiheit in der Auslegung und Anwendung der Gesetze gestatten und die Kontrollmaßnahmen auf das Minimum beschränken, das sich mit den Zielen der Besatzung verträgt. Sie können die Jurisdiktion der deutschen Gerichtshöfe auf alle Fälle ausdehnen, durch die nicht die Interessen der Mil.Reg. oder der Personen, die unter ihrem Schutz stehen, berührt werden.“

Bei der 1948 erfolgenden Gerichtsreform<sup>210</sup> hielt es die US-Militärregierung aber noch nicht an der Zeit, erweiterte Befugnisse zu gewähren. Somit blieben die meisten deutschen Wünsche für eine verbindlich normierte Lockerung der Kontrollbefugnisse unerfüllt. Diese berechtigten<sup>211</sup> Reformwünsche auf dem Gebiet der Rechtspflege gingen darauf aus, die Kontrolle bis auf Beobachtung, Überwachung und Unterstützung abzubauen. Auch sollte die Möglichkeit wegfallen, einzelne Sachen oder Gruppen von Sachen der deutschen Gerichtsbarkeit zu entziehen und deutsche Gerichtsentscheidungen zu überprüfen<sup>212</sup>.

Solange also eine Lockerung von Kontrollbefugnissen für die deutschen Behörden und Bürger sich nur als Reflexrecht von internen Besatzungsanweisungen abzeichnete, mußte das nach außen wirkende Bild der Rechtslage für die Beurteilung maßgebend sein. Einige der mit fortschreitender Entwicklung als hemmend emp-

206) Bader in DRZ 49/1: „Wohl auf keinem anderen Gebiet hat sich der Wiederaufbau kontinuierlicher und unauffälliger vollzogen als in der deutschen Rechtspflege.“ Für die Ausgangslage anderer Meinung: Friedrich, Der Verfassungsstaat der Neuzeit S. 693.

207) Nobleman S. 96; Loewenstein Harvard Law Review 1948/419 u. 433 sowie in Yale Law Journal 1948/996, 997.

208) Jahrb. f. int. a. ö. R., 1948 I/115.

209) Henle in SJZ 49/578 unten.

210) Dazu Clay, S. 248.

211) Da bisherige Lockerungen in Form von Dienstanweisungen erfolgten, und die Eingriffsbefugnisse in ihrem Bestande unberührt ließen. Daß eine faktische Lockerung des Besatzungsregimes Gesetze nicht automatisch außer Kraft setzte, betont der Würt.-Bad. VGH in ESVGH 53/202, während im „Handbuch“ (§25 S. 15) ein stillschweigendes Außerkrafttreten von Besatzungsnormen durch Nichtanwendung in Erwägung gezogen wird.

212) v. Weber auf der Tagung der OLG.-Präs. der brit. Zone 1948, Bericht in DRZ 48/435.

fundenen Einschränkungen wurden noch weiter in das AHKG Nr. 13 übernommen<sup>213</sup>. Insbesondere legte ein Ausführungsgesetz dazu<sup>214</sup> erneut in weitem Umfang das Recht fest, Gerichtsentscheidungen zu kassieren.

Verfahren und Entscheidungen deutscher Gerichte in dem entzogenen Zuständigkeitsbereich waren nach MRG Nr. 2 Art. VI Ziff. 11 nichtig<sup>215</sup>. Die Rechtsfolgen gingen also über diejenigen eines Mangels der Prozeßvoraussetzungen nach innerdeutschem Recht hinaus. Das deutsche Gericht sollte sich jeder Tätigkeit enthalten<sup>216</sup>. Im Ermächtigungsfalle konnten jedoch Verfahren und Urteil rückwirkend als geheilt und wirksam angesehen werden<sup>217</sup>.

213) Dazu Röhreke in DRZ 50/34 ff.; ein Beispiel für einen entziehenden Eingriff der späteren Zeit auf Grund des allg. Sicherheitsvorbehalts der Besatzung bietet der Fall Naumann (H. Maier in JZ 53/268).

214) AHKG Nr. 6 Art. 6.

215) OLG Stuttgart in SJZ 46/67; OLG für Hessen (Kassel) in DRZ 48/310 mit zustimmender Anmerkung von Rosenberg; eine erhobene Klage war nicht als unzulässig abzuweisen, sondern nur die Feststellung zu treffen, der Gegenstand der Klage unterliege nicht der deutschen Gerichtsbarkeit. (VGH Stuttgart, Senat Karlsruhe in OEV 50/284).

216) Feststellung der Nichtigkeit war aber auch mit Rechtsbehelfen des deutschen Rechts statthaft, Stein-Jonas-Schönke (1953) zu § 578 ZPO.

217) OLG Stuttgart in SJZ 46/67.

### Dritter Hauptteil:

## **Die Einwirkungen des Besatzungsrechts als Besetzung neuen Stils.**

Nachdem der Einfluß des Besatzungsrechts auf die drei Erscheinungsformen der Staatsgewalt erörtert wurde, soll das Rang- und Einwirkungsverhältnis zwischen Besatzungsrecht und deutschem Staatsrecht im ganzen dargestellt und die Besetzung Deutschlands in der Übergangszeit unter Vergleichung mit bisherigen Formen als eigene Erscheinungsform einer Besetzung rechtlich gewürdigt werden. Da es trotz der weitreichenden, neuartigen Eingriffe eine deutsche Rechtsordnung und deutsche Organe in der Besetzung der Übergangszeit gab, war der Status des besetzten Landes nicht der einer vollkommenen und sklavischen Unterordnung. Ein solches Verhältnis war von den besetzenden Mächten selbst nicht gewollt, die das okkupierte Gebiet ausdrücklich nicht annektierten. Vielmehr sollten die ermächtigten deutschen Stellen zu einer fortschreitenden Verselbständigung und Eigenentwicklung befähigt werden. Diesem Entwicklungsgedanken steht die Annahme entgegen, die deutschen Behörden seien insgesamt als Besatzungsorgane aufzufassen gewesen<sup>1</sup>.

Für einzelne transitorische Zwischenbildungen über Länderebene konnte dies zwar wirklich streitig sein<sup>2</sup>, nicht aber für den Kern der auf Dauer berechneten Behördenorganisation, die in immer größerem Umfang die anfangs verdrängt gewesene deutsche Staatsgewalt wieder ausübte. Deshalb waren Besatzungsrecht und deutsches Recht als zwei eigene Normenbereiche anzusehen, die bei verschiedenem Geltungsgrund und mit verschiedenem Geltungsrang innerhalb desselben Gebiets wirksam waren, aber bei der Übereinstimmung im Geltungsbereich und in den Normadressaten doch in einem weiteren Sinne als rechtliche Einheit zu behandeln waren<sup>3</sup>.

Der Überblick über die Besetzungseinwirkungen in einzelnen Zweigen des Staatsrechts hat gezeigt, daß das Besatzungsrecht nicht bei einem isolierten Überordnungsverhältnis stehen blieb, sondern in weitgreifenden Regelungen in das deutsche öffentliche Recht hineinwirkte, es veränderte und fortbildete. Dem entsprechen die von der Rechtsprechung hervorgehobenen Einzelauswirkungen. Besatzungsgesetze haben bei einschlägigem Inhalt die Wirkung gesetzlicher Verbote nach § 134

1) Die Auffassung bloßer besatzungsrechtlicher Delegation vertraten für die erste Besatzungszeit: Merk1 DRZ 47/72; Kern DRZ 47/407; Virally S. 80/81; v. Turegg, Deutschland u. das Völkerrecht S. 96 ff.; OLG Frankfurt a. M. in dem durch BGHZ 10/221 aufgehobenen Urteil. Die richtige Ansicht eigenständiger deutscher Behörden entspricht der überwiegenden Meinung: Handbuch § 4 S. 12; Klein, Grundriß S. 71, 100; Mann SJZ 47/477; Stödter S. 248 ff.; H. J. Wolff MDR 49/266 ff.; H. Maier JZ 53/369; Hess. VGH in ESVG 2/141; BGHZ 10/221.

2) Etwa für die Zonenzentralämter der brit. Zone (Handbuch § 21 III) und anfangs für das Vereinigte Wirtschaftsgebiet der Doppelzone. (Keine Verwaltungsunion zweier Besatzungsmächte mit deutschen Hilfsorganen, wie zuerst Hoepfner in MDR 48/162 annahm, sondern eine staatsrechtl. Einrichtung innerhalb des deutschen Reiches: Ule DV 48/49 S. 28; v. Mangoldt MDR 48/438; Klein S. 193; H. J. Wolff MDR 49/266; DOG in DRZ 49/329). Für die vom Stuttgarter Länderrat beschlossenen Gesetze hat der Bayr. VGH ausgesprochen, sie seien ursprünglich Besatzungsrecht gewesen, nach Aufhebung der US-Prokl. Nr. 2 u. 4 seit 2. 9. 49 aber deutsches Recht geworden (VGHE NF Bd. 2 II S. 143 (158), Bd. 5 II S. 103 (113), zustimmend BVerfGE Bd. 2/181 (200)).

3) Zur Entwicklung dieser Auffassung von Dölle-Zweigert S. 23 bis zum BGH-Beschluß vom 5. 12. 50 vgl. oben Einleitung zu 26.

BGB<sup>4</sup>, sie können Schutzgesetze im Sinne von § 823 II BGB sein<sup>5</sup>, schließlich kann auf die von deutschen Gerichten anzuwendenden Besatzungsgesetze im Falle ihrer Verletzung die Revision im Zivilprozeß gestützt werden<sup>6</sup>. Im strafrechtlichen Bereich können deutsche Angehörige von Besatzungsdienststellen aus der deutschen Staatsgewalt abgeleitete Befugnisse im Sinne der §§ 359, 332 StGB ausüben<sup>7</sup> und ein Besatzungsorgan kann Behörde im Sinne des § 164 StGB sein<sup>8</sup>.

Bei der Durchdringung und Überlagerung des deutschen Rechts, dem doch zugleich eine der wachsenden Verselbständigung fähige Sphäre eigener Entwicklung eingeräumt werden sollte, ist es schwer, das Verhältnis der beiden Bereiche der Besatzungsordnung und des deutschen Rechts zu bestimmen. Für die beiden Bereiche sollen zunächst Rechtsnatur und Einwirkungsgrenzen der besatzungsrechtlichen Befehlsgewalt erörtert und es soll dann versucht werden, den rechtlichen Standort des Besatzungsregimes zu bestimmen.

## I. Die besatzungsrechtliche Überordnung.

### 1. Rechtsgrund und Inhalt des Gehorsams gegenüber der Besatzungsmacht.

Die Gehorsamspflicht der Landeseinwohner gegenüber den Anordnungen des Okkupanten, die auch in früheren Besetzungen im Anschluß an Kriegshandlungen als Prinzip vorausgesetzt wurde, war im Falle der Besetzung Deutschlands durch Besatzungsgesetze ausgedrückt und durch Besatzungsstrafrecht sanktioniert. Schon Art. 13b der Berliner Deklaration vom 5. 6. 45 stellte den Grundsatz der Gehorsamspflicht auf, der nach Einsetzung des Kontrollrats als Träger der höchsten Machtbefugnisse von diesem durchzusetzen war<sup>9</sup>. Im Verlaufe vieler Besetzungen sind Entscheidungen der jeweiligen einheimischen Gerichte bekanntgeworden, die dieses Überordnungsverhältnis der Besatzung ausdrücklich anerkennen<sup>10</sup>. Der Gehorsam geht über das faktische Sich-Fügen des Besiegten hinaus und ist auch juristisch begründet. Zuzufolge der „Suspensionswirkung“ der Besetzung ist die Herrschaftsgewalt des Okkupanten auch rechtlich anerkannt. Dabei kann ebenso wie im normalen Zusammenleben der Staaten auch in der Besatzungslage Macht keinen Freibrief für eine Vorzugsstellung ohne Schranken gewähren<sup>11</sup>.

Vom besetzten Gebiet her gesehen hat sich der Gehorsam gegenüber einer Besatzungsmacht als ein Gewohnheitsrecht herausgebildet<sup>12</sup>, ohne daß aber über das positive Besatzungsrecht hinaus das Völkerrecht selbst eine Sanktion dieses Gehorsams enthielte. So ist eine Auflehnung nicht schlechthin völkerrechtswidrig<sup>13</sup>. Die Gehorsamspflicht erscheint nicht bis zu einer Treupflicht gesteigert, wie sie die

4) OLG Braunschweig in NsRpfl. 48/60; LG München-Gladbach in NJW 48/525; BGH in NJW 54/917; Maier in JZ 51/230; anders noch RGZ 107/174: Einwirken auf die privatrechtl. Gültigkeit von Verträgen liege außerhalb der Grenzen, die das Völkerrecht den Befugnissen der besetzenden Macht ziehe, die nur die Interessen ihrer Truppen und Organe zu wahren befugt sei.

5) OLG Düsseldorf in BB 50/490 (für die MRVO Nr. 78).

6) OGHZ MDR 48/411; Stein-Jonas-Schönke, ZPO (1953) § 549 IV B. 2. Für die Verwaltungsgerichtsbarkeit ist neuerdings die Frage streitig (§ 56 BVerwGG), vgl. BVerwG. u. BVerfG in JZ 54/393–395. Allgemein ist nicht auf die Herkunft der Gesetze, sondern auf ihren Geltungsbereich und die Zwecke der Rechtseinheit abzustellen.

7) Diese Frage streift BGHST 2/398, allerdings bei Entscheidung eines Falles von nur fiskalischem Handeln (Bauten).

8) Schönke StGB 4. Aufl. § 164 II 2 u. III 1; OLG Celle Hann. Rpfl. 47/79; OLG Darmstadt NJW 48/488. RGSt 60/317 (1926) steht nicht entgegen, wo für die Zeit des Ruhrkampfes ausgeführt wird, fremdländischen Behörden, die während des Friedens völkerrechtswidrig in deutsches Gebiet einbrachen, stünde nicht der Strafschutz des § 164 zu.

9) Grewe S. 83; nach USMRG Nr. 4 Art. II 4 schützt Unkenntnis des Besatzungsrechts nicht vor Strafe, im gleichen Sinne OLG Stuttgart in NJW 49/478.

10) Z. B.: Urteile der höchsten Gerichte der Niederlande und Norwegens, Zeitschr. f. Ausl. ö. R. u. VR Bd. 11 (1943) S. 592 u. 599; Oberster Gerichtshof Manila in NJW (1951/125; dazu Ipsen in Jahrb. f. int. u. ausl. ö. R. Bd. 1 (1948) S. 102; abschwächend Jaenicke S. 32.

11) Schwarzenberger S. 34.

12) Heyland S. 12; Staatslexikon (Herder) 1926 1. Bd. S. 846, Stichwort „Besetzung fremden Staatsgebiets“.

13) v. Köhler, Die Staatsverwaltung der besetzten Gebiete, 1927 S. 8.

Einwohner ihrem eigenen Staatsverband schulden. Die Einwohner werden nicht Untertanen des Okkupanten, sie brauchen keine militärischen, das eigene Land etwa schädigende Geheimnisse preiszugeben und nicht einer Besatzungsmacht den Treusid zu leisten. Zu diesen Fragen enthalten die Art. 44, 45 HLKO allgemeingültige Bestimmungen, die über die kriegerische Phase einer Besetzung hinaus gelten, wie man auch zur Anwendbarkeit der grundlegenden Artikel der HLKO stehen mag<sup>14</sup>.

Zur Erkenntnis von Inhalt und Umfang der Besatzungsbefugnisse kann auch das Ergebnis der im Schrifttum seit langem erörterten Frage nach der Rechtsnatur der Besatzungsgewalt herangezogen werden<sup>15</sup>. Obwohl die Besatzungsgewalt der Herkunft nach und die Art des angewendeten Rechts nicht notwendig auf dieselbe Quelle zurückgehen müssen, handelt es sich nicht um eine nur theoretische Streitfrage. Im Stande der Meinungen, die bis heute noch nicht zu einer einheitlichen Auffassung zusammengefallen haben, spiegeln sich die Schwierigkeiten einer Erfassung der Besatzungserscheinungen und zeigt sich die letztlich komplexe Natur der Besatzungsgewalt. Im Laufe der Zeit und bis heute wurde die Ansicht vertreten, daß eine Besatzungsmacht im besetzten Gebiet eigene Staatsgewalt<sup>16</sup>, daß sie die Gewalt des besetzten Staates<sup>17</sup> oder eine von beiden unterschiedene andersartige Gewalt<sup>18</sup> ausübe. Andererseits lassen neuere Gerichtsentscheidungen die Frage in ihrer Bestrittenheit dahingestellt<sup>19</sup>.

Die Besatzungshoheit kann nicht rein eigene Staatsgewalt des besetzenden Staates sein. Hier wäre in Anbetracht des Unterschiedes von Okkupation und Annexion der rechtliche Geltungsgrund der Erstreckung zweifelhaft<sup>20</sup>. Außerdem wären dann die derart gesetzten Normen mit Beendigung der Besetzung von selbst hinfällig, was zu Verwirrungen führen müßte und für die Erneuerungs- und Entwicklungsziele der Besetzung Deutschlands nach 1945 ganz und gar nicht mehr zutrifft<sup>21</sup>.

Die Besatzung übt auch nicht ausschließlich Gewalt des okkupierten Staates aus, sonst wäre volle Bindung an die einheimische Rechtsordnung die zwingende Folge. Vor allem wirkt die von der Besatzung übernommene Gewalt nicht in allen Beziehungen über die Grenzen hinaus, insbesondere nicht ins neutrale Ausland<sup>22</sup>. Die umformende Tätigkeit der Besatzung konnte auch nicht auf ein „stummes Ple-

14) Dazu unter III 2 b.

15) Übersicht bei Klein S. 44 ff.; weiter Handbuch § 7 S. 2; Hermann Schmidt, Die Rechtsnatur der politischen Gewalt im besetzten Gebiet, Tübinger Diss. 1951.

16) Loening in Niemeyers Zeitschr. f. Int. Recht, 1920/287 ff.; Kaufmann, S. 27 ff.; Ipsen, Jahrb. f. int. Recht I (1948) S. 109 A. 30, aber widersprüchlich mit ebenda S. 111; Bindschedler, Die völkerrechtl. Stellung Deutschlands, Schweiz. Jahrb. f. int. Recht Bd. 6 (1949) S. 37 ff.; Kunz, The Status of Occupied Germany under International Law, in Western Political Quarterly, Vol. 3 (1950) S. 561; Merk in Zeitschr. f. d. ges. StaaWiss. Bd. 111 (1955) S. 131 (132).

17) Heyland S. 5 in Übereinstimmung mit der ehemals herrschenden Lehre; v. Liszt-Fleischmann. Das Völkerrecht, S. 490; RGZ 103/232; neuerdings: Obergericht Zürich in DRZ 47/31 ff.; Kleinrahm in DRZ 48/233.

18) Im Anschluß an Edgar Löning, Die Verwaltung des Generalgouvernements im Elsaß, 1874 S. 28, definiert Stödter S. 181 f. eine „völkerrechtliche Gewalt“; ähnlich Stappert, Die Kontrollbehörde S. 142, Schlochau in DRZ 47/120; Scheuner, Die Entwicklung der völkerrechtl. Lage Deutschlands seit 1945, Friedenswarte Bd. 51 (1951) S. 1 ff.; ein neuerartiger Formulierungsversuch bei H. Schmid, S. 44 ff.: „Besatzungsgewalt als objektive Organisationsmacht des besetzten Gebietes selbst, als eigenständige Gebietsgewalt.“

19) Hess. StaGH. Beschl. v. 24. 6. 49, VerwRechspr. 2 (1950) Nr. 4 = SJZ 49/715; BGHSt 2/398.

20) Aus diesen Gründen läßt Jaenicke S. 12 bei der von ihm gegebenen Definition (Besatzungsgewalt eine auf dem Faktum militärischer Besetzung gegründete hoheitliche Gewalt über fremdes Staatsgebiet) offen, ob es sich dabei um eine Erstreckung der Staatsgewalt der Besatzungsmacht oder um eine aus dem Völkerrecht direkt abgeleitete hoheitliche Gewalt handeln soll.

21) So nahm auch später das BVerfGer. an, Besatzungsorgane, die Herrschaftsgewalt in Deutschland ausüben, stünden der BRD nicht wie ein auswärtiger Staat gegenüber (Urteil betr. das Petersberger Abkommen, JZ 52/559).

22) Dies wurde z. B. beim Zugriff auf deutsche Vermögenswerte in der Schweiz bedeutungsam: Kühlewein in NJW 50/814; Hachenburg in JZ 1951/1.

biszit“ der einheimischen Bevölkerung zurückgeführt werden, der die Überschreitung der Schranken der in der einheimischen Staatsgewalt vorgegebenen Befugnisse erklären könnte<sup>23</sup>.

Ebensowenig kann die Besatzungsherrschaft eine von der Gewalt des besetzenden wie des besetzten Staates völlig losgelöste andersartige Gewalt sein. Als „völkerrechtliche Gewalt“ ist sie schwerlich denkbar. Denn das Völkerrecht regelt bis zum gegenwärtigen Stande vorwiegend zwischenstaatliche Beziehungen und muß in irgendeiner Form in innerstaatliches Wirken umgesetzt werden. Mögen sich auch in neuerer Zeit Ansätze von Herrschaftsausübung durch die Völkerrechtsgemeinschaft zeigen, so haben sich hier doch noch keine allgemein anerkannten Formen entwickelt<sup>24</sup>. Auch die Formulierung von H. Schmid, der gleichfalls die Besatzungsgewalt von einem „dritten Ort“ her bestimmen möchte<sup>25</sup>, verändert nur die Fragestellung zu einer neuartigen Terminologie, ohne die Besatzungserscheinungen damit überzeugend ausdeuten zu können. Er faßt das besetzte Gebiet als objektive Organisationsmacht mit eigenständiger Gebietsgewalt auf, der er eine aktive Rolle zuschreibt. Er muß aber die grundsätzliche Passivität des besetzten Gebiets eingestehen und seinem Oberbegriff des „Gebietsrechts“ doch wieder in Besatzungsrecht und gebietseigenes Recht, den Begriff der „Gebietsorgane“ in Besatzungsorgane und gebietseigene Organe auflösen. Die passive Rolle soll in eine aktive umschlagen, indem dem besetzten Gebiet die Kompetenz der endgültigen Zurechnung aller während der Besatzungszeit verfügten Besatzungsakte vorbehalten bleibt. Diese sollen gleichsam in der Schwebe bleiben und zu Ende der Besetzung bestätigt oder neu vollzogen werden müssen<sup>26</sup>. Eine derart statische Betrachtungsweise<sup>27</sup> wird der revolutionären Dynamik der Besatzungsaufgaben nicht gerecht. Sie verkennt die Entwicklungsfunktion und die Funktion der Hilfestellung des Besatzungsregimes in Deutschland seit 1945. Auf der Ausgangsgrundlage von Besatzungsakten sollte in vielen Lebensbereichen eine dauerhafte Entwicklung aufbauen, die mit den kurzlebigen Provisorien eine *occupatio bellica* wenig mehr gemein hat. Die hier abgelehnte Auffassung müßte folgerichtig dazu führen, die Überwindung von Einrichtungen des NS-Rechts in vielen Fällen bis zum Zeitpunkt der vollen deutschen Souveränität für fraglich und unsicher zu halten.

Die Lösung muß daher in anderer Richtung gesucht werden. Schon im ersten Weltkrieg wurde erkannt, daß die Befugnisse einer Besatzungsmacht nicht einer Quelle allein entstammen könnten<sup>28</sup>. Man teilte die Besatzungsaufgaben in Kriegshandlungen (zur Sicherheit des Heeres und der Besatzungsverwaltung) und Schutzhandlungen (im Interesse der friedlichen Bevölkerung). Nur in Verknüpfung von eigener Gewalt des Okkupanten und fremder Gewalt des besetzten Staates lassen sich sonst nicht zu vereinbarende einzelne Erscheinungen insgesamt erklären:

Die gegenüber den Schranken des innerstaatlichen Rechts erweiterten Befugnisse einer Besatzungsmacht, die zuweilen auch entgegen einheimischen Bedürfnissen handeln muß.

Die unmittelbare Wirkung von Anordnungen gegenüber Behörden und Bürgern des besetzten Landes.

Die grundsätzliche Fortgeltung der gesetzten Normen über den Endzeitpunkt der Besetzung hinaus<sup>29</sup>, zumindest bis zu einem abändernden Rechtsakt.

23) Gegen diese Äußerung von Prof. Karl Schmid zutreffend: Handbuch § 6 S. 6.

24) Vgl. OGH BZ Bd. 4/26.

25) Oben Fußnote 18, 2. Hälfte.

26) Besonders deutlich H. Schmid a. a. O. Anm. 187 bei Erörterung des KRG Nr. 46 (Auflösung Preußens).

27) Ähnlich für das Verhältnis der Normen der Weimarer Verfassung zur Besetzung: Ernst Sauer, Grundriß des Völkerrechts, 1948 S. 139, 140. Vgl. auch Jaenicke S. 18, 19.

28) Philippsborn in JW 1917/129.

29) Die Frage des sog. „Postliminiums“ — der Ausdruck stammt aus dem römischen Recht, wo nach dem ius postliminii ein aus fremder Gefangenschaft zurückkehrender Römer von selbst wieder in seine frühere Stellung als römischer Bürger eintrat, die er durch Gefangennahme verloren hatte — hat als besatzungsrechtl. Frage (vgl. Handbuch § 25 S. 16 u. § 25 a; H. Schmid S. 68; Wolff in DRZ 50/6) an Bedeutung verloren und be-

Demgemäß werden nach richtiger Ansicht die Besatzungsmächte als Träger einer Doppelfunktion angesehen. Das Besatzungsregime wurzelt im Völkerrecht und reicht auf dieser Geltungsgrundlage in zwei Richtungen in das Staatsrecht des besetzten Landes hinein. Eingriffe müssen erfolgen, um die Besatzungsorgane selbst in ihrem Wirken zu sichern wie auch um an Stelle der verhinderten Staatsgewalt Anordnungen zu treffen. „Die Besatzungsmächte, repräsentiert durch ihre Kontrollorgane, üben die ihnen nach überliefertem Völkerrecht zustehende Besatzungshoheit . . . , andererseits die deutsche Staatshoheit in denjenigen Funktionen aus, die sie durch die Berliner Erklärung an sich genommen haben“<sup>30</sup>. Sie sind alliierte Kontrollorgane und zugleich Verwalter der deutschen Staatshoheit. Die Theorie der Doppelnatur der alliierten Kompetenz<sup>31</sup> bietet eine den vielfältigen Besatzungserscheinungen am besten gerecht werdende elastische Formel. Die widersprechenden Stimmen verwiesen auf die Schwierigkeit einer Abgrenzung und der Vereinbarkeit der beiden Seiten der Besatzungsbefugnisse<sup>32</sup>. Diese vorhandenen Schwierigkeiten können aber nicht zu der von Stödter angenommenen Inkompatibilität<sup>33</sup> führen. Die Doppelnatur der Besatzungsbefugnisse bildet auch die Grundlage für diejenigen Autoren, die das Besatzungsregime als Treuhandverhältnis kennzeichnen wollen<sup>34</sup>.

## 2. Grenzen des Gehorsams und der Eingriffsbefugnisse.

Schon seit dem 18. Jahrhundert hat die völkerrechtliche Entwicklung der ehemals unumschränkten Gewalt des Okkupanten Schranken gesetzt<sup>35</sup>. Die faktisch unbegrenzte Herrschaftsbefugnis<sup>36</sup> sollte eine Einschränkung erfahren zugunsten der Einwohner des besetzten Gebietes. Die HLKO ist ein späterer Niederschlag dieser Entwicklung. Das bis dahin Erreichte hat auch Bedeutung für die Besetzung Deutschlands seit 1945, wenn auch die HLKO in einzelnen Teilen für die über eine militärische Okkupation hinauszielende Interventionsbesetzung besonderer Erörterung bedarf<sup>37</sup>. Aber es gilt auch in dieser Besatzungsform Schranken besatzungsrechtlicher Regelungs- und Eingriffsbefugnisse zu erkennen. Als späte Ausläufer einer früheren „Faktizitätstheorie“ sind nur wenige Stimmen bekannt geworden<sup>38</sup>. Wo die Schranken der Besatzungsbefugnisse auch bei der andersartigen Besetzung Deutschlands in der Übergangszeit erkennbar werden, wurde nach der Besetzung unter Besinnung auf staats- und völkerrechtliche Grundlagen in neuen Formulierungsversuchen herausgearbeitet, vorwiegend von deutschen Autoren, die von brennenden besatzungsrechtlichen Tagesfragen ausgehend Grundsätze allgemeiner Art und Gültigkeit zu entwickeln suchten.

schränkt sich auf Anordnungen für die Dauer der Besatzungszeit. Dagegen ist die wieder voll selbständige Regierung an sich nicht gehindert, bisheriges Recht aufzuheben (für die Niederlande nach der deutsch. Besetzung vgl. Czapski in DRZ 50/405). Im Falle Deutschlands jedoch war es ein Wesenselement der umgestaltenden Besetzung, daß die grundlegenden Besatzungsregelungen diese überdauern sollten, vgl. die vertragliche Bestätigung in Teil I Art. 2 Abs. 1 des Zusatzvertrages zum Deutschlandvertrag v. 26. 5 52, welche Bestimmung Jaenicke S. 19 als Ausnahmeregelung deuten will.

30) Klein, S. 47.

31) Außer von Klein a. a. O. vertreten von: Grewe S. 80 ff.; Zinn in SJZ 47/11; Handbuch § 7 S. 3; Mosler in AöR Bd. 74/515; Virally S. 42; CORA Entsch. Nr. 60 (Urt. v. 25. 1. 51) in NJW (RzW) 51/106; vgl. auch BVerfGer. in JZ 52/559.

32) Z. B. Stödter S. 185, 266; H. Schmid S. 34, 35; Jaenicke S. 13.

33) Stödter S. 266.

34) Dölle, Gutachten in Jahrb. f. int. a. ö. R. 1948 II/III S. 369; Sauer-Hall.

35) Meurer, Die Haager Friedenskonferenz Bd. II/216; Liszt-Fleischmann S. 488, 489; Mosler, Wirtschaftskonzessionen . . . S. 190.

36) Diese Auffassung vertrat die belgische Völkerrechtswiss. bis nach dem 1. Weltkrieg. Dagegen Ausdruck der h. M.: Meurer, Das Kriebsrecht der Haager Konferenz (1907) S. 214; weitere Nachweise in Handbuch § 4 C.

37) Unten III 2 b.

38) Z. B. AGER, Charlottenburg, DRZ 48/63: „Solange im besetzten Gebiet die militärische Befehlshoheit besteht, wird eine sich zu den Anordnungen der Besatzungsbehörde in Widerspruch setzende juristische Erörterung trotz möglicher Richtigkeit immer dazu verurteilt sein, ein lediglich theoretisches Dasein zu führen.“

So wurde angenommen, daß es einen bestimmten Bereich gäbe, in dem jede Nation selbst über die Ausgestaltung ihrer Institutionen und die Fortbildung ihrer Traditionen zu bestimmen haben müsse. Diese letzte Selbstbestimmung mache das Wesen einer Nation aus<sup>39</sup>. Die Schwierigkeiten beginnen aber erst dann, wenn dieser Bereich abgesteckt werden soll.

Nach den Darlegungen von Laun<sup>40</sup>, der sich als einer der ersten um die Klärung dieser Fragen bemühte, sollen sich Grenzen der Besatzungsgewalt schon aus den Forderungen des öffentlichen Gewissens (*la conscience publique*) ergeben, die als leitende Wertvorstellungen nicht nur zur Zeit der Schöpfung der HLKO hinter diesem Vertragswerk standen<sup>41</sup>, sondern als Quelle völkerrechtlicher Prinzipien überhaupt aufgefaßt werden sollen. Diese Prinzipien, die die Gesetze der Menschlichkeit einschließen, sollen als „unter gesitteten Menschen feststehende Gebräuche“ allgemein verbindlich sein<sup>42</sup>. Auch solche Formulierungen lassen einen weiten Raum und stellen nur unmenschliche Maßnahmen als nicht mehr rechtmäßig heraus.

In ähnlich weiter Fassung wurde in den „überstaatlichen Rechtsgrundsätzen aller Kulturvölker“ eine besatzungsrechtliche Schranke gesehen<sup>43</sup>. Im gleichen Sinne nahm Giese<sup>44</sup> an, daß die Besatzungsmächte in ihrer Machtausübung an die „allgemeinen Grundsätze des Völkerrechts“ gebunden seien<sup>45</sup>, die insbesondere schwerwiegende Eingriffe in Privateigentum nicht gestatteten.

Um gewisse Begrenzungen zu gewinnen, wurde auch die – direkte oder zumindest entsprechende – Anwendung der allgemeingültig gewordenen Rechtsschutznormen der *occupatio bellica* befürwortet, die einen völkerrechtlichen Mindestschutz des Individuums garantieren<sup>46</sup>.

Bei Grewe<sup>47</sup> werden gewisse „völkerrechtskräftige Grundrechte“ bejaht, die auch die Besatzungsgewalt binden sollen. Der Autor rechnet dazu das Recht der Staaten auf Ehre, Existenz und Selbstbestimmung sowie das Recht des einzelnen auf Leben, Freiheit und Rechtssicherheit. Ein Besatzungsregime müsse nicht notwendig in den Formen der Diktatur geübt werden. Die rechtsstaatlichen Grundlagen ließen sich auch auf die völkerrechtliche Ebene übertragen, sie seien lediglich durch den eng auszulegenden Besatzungszweck eingeschränkt.

Nach einer anderen Formulierung sollten die Rechte der Besatzungsmächte gewissermaßen mit der Hypothek der weiterbestehenden Eigenstaatlichkeit Deutschlands, der Respektierung seiner nicht erloschenen Souveränität und der Rücksichtnahme auf die nach Zeit und Zweck gegebene Beschränkung der Alliierten in Deutschland belastet sein<sup>48</sup>.

In ähnlicher Argumentierung meinte Dehler<sup>49</sup>, keine irdische Macht sei rechtlich unbeschränkt und die Militärregierung sei – abgesehen von allgemein verbindlichen Normen des Völkerrechts – durch fortschreitend gewährte demokratische Institutionen eine Selbstbindung eingegangen, der sie sich nicht im Einzelfall entziehen könne. Auch Wehrhahn erblickt Schranken in der von der Besatzung selbst geförderten Verfassungsentwicklung<sup>50</sup>.

39) Die These der „Domaine réservée“ von E. Kaufmann, dort S. 31.

40) Laun S. 22.

41) Sog. „Martens'sche Klausel“, Einl. HLKO (18. 10. 1907) Abs. 9. Die Brauchbarkeit der unbestimmt gefaßten Klausel wird dadurch beeinträchtigt, daß sie mehr eine verbindliche Formel war, hinter der keine einheitl. Wertüberzeugung stand: Mosler in AöR Bd. 75/120.

42) Bürgerrechte und Besatzungsmacht, S. XI.

43) Bad. StGH in AöR Bd. 75/492.

44) MDR 50/132.

45) Ebenso verwendet „Handbuch“, § 4 S. 11, diese allgemeinste Formulierung, deren inhaltliche Ausfüllung im Wandel der Besatzungsformen gerade zweifelhaft ist.

46) Schlochauer in DRZ 47/119, 120; Butz in DRZ 48/52; Kaufmann S. 17; Handbuch § 5 S. 6.

47) Ein Besatzungsstatut für Deutschland, S. 78.

48) Dölle in Jahrb. f. int. a. ö. R. 1948 II/III S. 369.

49) SJZ 49/210 ff.

50) Wehrhahn, DRZ 47/182.

Den Gedanken, das Besatzungsrecht enthalte den stillschweigenden Vorbehalt der Erhaltung der konstruktiven Grundlagen des deutschen Rechts, brachten Dölle-Zweigert in ihrem Kommentar zum MRG Nr. 52 zum Ausdruck<sup>51</sup>. Andernfalls müsse heillose Verwirrung eintreten und die Einheitlichkeit der Rechtsordnung<sup>52</sup> gesprengt werden, was nicht gewollt sein könne. Diesen vom Privatrecht her entwickelten Gedanken übertrug Kleinrahm<sup>53</sup> als eine fruchtbare Erkenntnis des allgemeinen Besatzungsrechts auch auf den öffentlich-rechtlichen Bereich<sup>54</sup>. In dieselbe Richtung gehen die Ausführungen von Kaufmann<sup>55</sup>, wenn er vom Gedanken der Sachgesetzlichkeit spricht.

Auch die „allgemeinen Menschenrechte“ wurden in diesem Zusammenhang angeführt, während zugleich beklagt wurde, daß sie zu Deutschland noch nicht ausdrücklich in Beziehung gesetzt seien<sup>56</sup>.

Der Querschnitt der deutschen Ansichten zeigt, daß Grenzen der Besatzungsbefugnisse gefunden werden sollten in den Überzeugungen der Völkerrechtsgemeinschaft wie andererseits in der Grundstruktur des besetzten Landes selbst. Begreiflicherweise konnte ein von zwei Seiten her so gefundener Mittelwert sich leicht nach der Interessenseite der Besetzung verschieben, wo die Fülle der faktischen Befugnisse ruhte. An einer Übersicht zu einzelnen Grundrechten soll unten<sup>57</sup> geprüft werden, wieweit die Besatzungsmächte geneigt waren, einen nicht antastbaren deutschen Bereich anzuerkennen. Gerade im Hinblick auf Mißstände der besatzungsrechtlichen Praxis war die grundsätzliche Einsicht der deutschen Autoren von Wert, daß auch die Besatzungsgewalt rechtlich beschränkte Machtausübung sei.

Außerhalb Deutschlands wurden Schranken der Besatzungsgewalt für die alliierte Besetzung nicht mit der gleichen Einmütigkeit erörtert. Einen alleräußersten Mindestschutz statuierte der Internationale Militärgerichtshof in Nürnberg, wenn er einer Besatzungsgewalt Schranken dahin setzte, sie müsse in ihren Maßnahmen von der zivilisierten Welt anerkannt sein und sich der Willkür enthalten<sup>58</sup>. Von dem maßgebenden französischen Autor Virally wird die Frage nach den Grenzen der Besatzungsgewalt gar nicht aufgeworfen. Vom Boden eines reformatorisch gedachten Wirkens aus werden solche Grenzen nicht in Betracht gezogen. Mit einer missionarischen Überzeugung kommen die Besatzungsziele zur Darstellung, ohne daß die Gefahr von Machtmißbrauch und Diskrepanzen bei der Einzelausführung dieser Ziele ins Auge gefaßt würde<sup>59</sup>.

Dagegen wurde im neutralen Ausland von Sauser-Hall<sup>60</sup> der Gedanke der Treuhand für eine Machtbegrenzung fruchtbar gemacht. Auch dieser Schweizer Autor wertete es im Sinne einer gewissen Selbstbindung der Alliierten, daß sie zumindest das Fortbestehen Deutschlands anerkannt hatten.

Ferner wurde der Gedanke erwogen, ob die Gesetzgebung einer Besatzungsmacht nicht Schranken der eigenen heimischen Rechtsordnung auch im besetzten Gebiet einhalten müsse, wolle sie sich nicht dem Vorwurf eines „venire contra

51) S. 292. Ein Anwendungsfall war z. B. die Frage, ob die im deutschen Recht sonst nicht vorgesehene, durch MRG Nr. 53 eingeführte Strafbarkeit juristischer Personen gegen den deutschen ordre public verstoße: BGH in JZ 54/250.

52) Aus einer „Unteilbarkeit der Rechtsordnung“ leitete auch Karl Schmid auf dem Konstanzer Juristentag 1947 Schranken der Besatzungsgewalt ab (DRZ 47/205 ff.).

53) DRZ 48/73.

54) Der einschränkende Hinweis, im öffentlichen Recht könne die behutsame Behandlung des Vorgefundenen nicht so weit gehen wie im Privatrecht (so Totzek S. 215), kann die Bedeutung dieser grundsätzlichen Erkenntnis nicht herabmindern.

55) AöR Bd. 75/381.

56) Im Anschluß an die UNO-Erklärung der Menschenrechte: Klein in SJZ 49/752; Partsch, Internationale Menschenrechte, AöR Bd. 74 Heft 2.

57) Unten I 3.

58) Dem entspricht Ziffer 11 d der am 15. 7. 47 an den Mil.Gouverneur der US-Zone gegebenen Richtlinien, die auch von dem Verbot willkürlicher Einzelakte sprachen.

59) Virally S. 31, 46, 102.

60) Sauser-Hall in Schweiz. Jahrbuch für internationales Recht, 1946 S. 8 ff.

factum proprium" zuziehen. Ein Gutachten amerikanischer Anwälte zur Frage der Beweislastverteilung nach Art. 3 des USMRG Nr. 59 (Rückerstattungsgesetz) vertrat diese Meinung<sup>61</sup>. Danach sollte die Gesetzgebung der US-Militärregierung auch an die Grundsätze amerikanischer Rechtsauffassung gebunden sein. Die Meinung blieb vereinzelt und ist dogmatisch nicht haltbar<sup>62</sup>. Dagegen sind die vorhergehend erwähnten Formulierungen zutreffend, wenn auch für einen Mindestschutz nicht ausreichend.

Soweit einzelne Besatzungsorgane selbst zu der Frage amtlich Stellung bezogen, schienen ihre Auffassungen nicht mit den deutschen Ansichten übereinzustimmen. Als erste Verlautbarung anerkannte die berühmt gewordene, erst später veröffentlichte „Direktive an den Oberstkommandierenden der Okkupationstruppen der Vereinigten Staaten in Deutschland, betreffend die Militärregierung in Deutschland“ vom 26. 4. 1945 (JCS 1067/6) keine Grenzen der Befugnisse<sup>63</sup>. Von dieser Direktive sagte Arndt, daß von ihr „tägliche Lektionen in Diktatur“ ausgegangen seien<sup>64</sup>. Aus dem britischen Besatzungsgebiet verdient das Antwortschreiben des Zonenbefehlshabers Erwähnung, das er am 24. 10. 1947 dem Oberbürgermeister von Essen auf eine Anfrage wegen der Krupp-Demontage erteilte: „Die Oberste Gewalt in Deutschland wird von den vier Oberkommandierenden ausgeübt. Ausgestattet mit dieser Obersten Gewalt haben sie keine Grenzen ihrer Befugnisse außer denen, die sie sich selbst setzen“<sup>65</sup>.

Jedoch sind nur Einzeläußerungen bekannt geworden. Allgemein beobachteten die Besatzungsmächte äußerste Zurückhaltung in definitiver Festlegung eines Rechtsstandpunktes<sup>66</sup>, der ihren Befugnissen hätte Grenzen setzen oder umgekehrt als Politik des freien Schaltens und Waltens hätte ausgelegt werden können. Soweit Gerichte in den Heimatstaaten der alliierten Mächte oder im besetzten Gebiet Schranken der Besatzungsgewalt erörterten, soll darauf im Zusammenhang mit der Bedeutung der HLKO für die Zeit nach 1945 eingegangen werden<sup>67</sup>.

Die Zurückhaltung der Besatzungsmächte, einen Rechtsstandpunkt zu formulieren, mochte auch auf die neuartige rechtliche Situation der Besetzung zurückzuführen sein, für die es an Präjudizien<sup>68</sup> fehlte, die im Völkerrecht wichtige Anhaltspunkte der Handhabung geben können. In Nürnberg wurde mit Recht ausgeführt, mangels gesetzgebender Organe sei Völkerrecht in besonderem Maße bewegliches Recht, ein von der Wissenschaft, durch die Staatenpraxis und Entscheidungen internationaler Gerichte fortgebildetes Fallrecht<sup>69</sup>. Die Schranken einer Besatzungsgewalt waren deshalb so schwer zu bestimmen, weil mit der veränderten Struktur der Nachkriegsbesetzung 1945 auch die Grenzen der Befugnisse ins Wanken kamen und neuer Klärung bedurften; diese Klärung und Festlegung konnte in Anbetracht der zurückhaltenden Äußerungen der besetzenden Mächte selbst und bei nur spärlich vorliegenden Gerichtsentscheidungen während der Übergangszeit nicht erreicht werden.

61) Zitiert bei Weiß in DRZ 50/558 linke Spalte.

62) Die Besatzungsmächte haben ihre Befugnisse nicht aus eigenem Recht, sondern zu eigenem Recht aus objektiv geltendem allgemeinem Völkerrecht empfangen, vgl. Dölle im Jahrb. f. int. aöR. 1948/369. Die heimische Staatsgewalt des Okkupanten und die von ihm geübte Besatzungsgewalt leiten sich aus verschiedenen Quellen her, die mindestens teilweise nicht übereinstimmen.

63) Dortselbst 1. Teil 2 b: Die oberste gesetzgebende, ausführende und richterliche Gewalt wird weit ausgelegt werden und umfaßt das Recht, alle Ihnen nötig, geeignet oder wünschenswert erscheinenden Maßnahmen zu treffen in Bezug auf militärische Erfordernisse und Ziele einer starken Mil.Reg.; Text der Direktive bei Stolper S. 309, zu ihrer Problematik vgl. oben 1. Hauptteil Fußnote 26.

64) „The Annals . . .“ Vol. 260 (1948) S. 1 ff.

65) Wiedergegeben bei Stödter S. 154.

66) Ebenso Jaenicke S. 11.

67) Unten III 2 b.

68) Freilich hier nicht im Sinne bindender Vorentscheidungen: Schwarzenberger S. 31.

69) Radbruch in SJZ 47/135; Schwarzenberger S. 29–34, der diese Erkenntnisquellen als „Hilfsmittel zur Feststellung von Völkerrechtsnormen“ zusammenfaßt.

Soweit von deutscher Seite auf mangelnde klare Begrenzung der Besatzungsbefugnisse hingewiesen wurde, hatten solche Äußerungen zuweilen auch mehr politisch-publizistischen Charakter, um auf die Gefahren einer rechtlich unregelmäßigen Besatzungslage aufmerksam zu machen. So führte Karl Schmid im Jahre 1946 aus, die Verfassung der Besatzung habe nur zwei Artikel:

1. Die Staatsgewalt geht nicht vom Volke aus.
2. Sie kann alles dekretieren, was sie will. Ihre Befugnisse kennen nur die Schranken, die sie sich selbst setzt<sup>70</sup>.

In ähnlich mahnendem Sinne schrieb K. Geiler<sup>71</sup>: „Es fehlt an klaren Rechtsgrundlagen der Besetzung, was zu einem Zustand geführt hat, der uns Deutsche bedenklich rechtlos gemacht hat.“ Die dabei gemeinten Besatzungseingriffe richteten sich ebenso auf die staatsrechtliche Organisation in Deutschland wie auf das Verhältnis des einzelnen Bürgers zur Staatsgewalt. Ein anschließender Überblick über die Handhabung einzelner Grundrechte soll zeigen, daß die Besatzungsmächte bei ihrem Eingreifen von anderen Voraussetzungen ausgingen, als sie dem Wesen früherer Besetzungen entsprachen, und sogar die von ihnen veranlaßten Länderverfassungen nur für den innerdeutschen Bereich als verbindlich ansehen wollten.

### **3. Besatzungsbefugnisse und Besatzungspraxis, insbesondere im Bereich der Grundrechte.<sup>72</sup>**

In der US-Zone waren unter der Initiative der Besatzung schon 1946 von den Ländern Verfassungen in Kraft gesetzt worden, die auch Grundrechtskataloge enthielten. Es entstand eine zwiespältige Lage, als die Besatzung ein rechtsstaatliches Schema in Kraft setzte, ohne auch ihre Organe in dieses eingliedern zu wollen. Ein Überblick über einzelne Grundrechtsbestimmungen soll dies verdeutlichen.

#### **a) Gleichheit vor dem Gesetz.**

Hier gab es schon vom Kontrollrat vorgegebene Bestimmungen, die einer gleichmäßigen Verwirklichung im Wege stehen konnten, so etwa die bevorzugte Wohnraumzuteilung nach Art. VIII 1 a des KRG Nr. 18. Weiter sollte es dem Besatzungsziel der Demokratisierung entsprechen, wenn in Art. V des KRG Nr. 21 für Arbeitsrichter „anerkannt demokratische Anschauungen“ verlangt wurden, ohne daß die schwer zu ermittelnden Maßstäbe einer solchen Gesinnungsprüfung von dem aus vier Nationen gebildeten Gesetzgeber mitgeteilt wurden. Diese wurden dann auch in den verschiedenen Zonen höchst unterschiedlich angelegt, so daß solche nicht ausgefüllten Begriffe eher zu Ungleichheit führen konnten. Dieselbe Gefahr bestand für zonenrechtliche Bestimmungen ähnlichen Inhalts<sup>73</sup>, vor allem auch bei der Entnazifizierung. Die für die ideologische Entwurzelung eines vergangenen Regimes für erforderlich gehaltenen Vorschriften konnten den Gleichheitssatz beeinträchtigen, vor allem die Gruppeneinteilung nach dem Gesetz zur Befreiung von Nationalsozialismus und Militarismus in der US-Zone<sup>74</sup>. Auch im Verhältnis von Inländern zu im Inland ansässigen Ausländern war der Gleichheitsgrundsatz in mancher Hinsicht nicht verwirklicht. Zum Beispiel wurden von Gesetzgebung und Verwaltungspraxis der Besatzung bei Demontageentschädigungen vielfach solche Ausländer besser gestellt<sup>75</sup>. Dabei darf es keine Rolle spielen, daß in diesem Falle die bessere Behandlung die allein rechtmäßige war.

70) Zinn (SJZ 47/9) nennt diese Äußerung eine Bemerkung, die von einem „gewissen Galgenhumor“ gekennzeichnet sei.

71) „Hauptgesichtspunkte für ein Besatzungsstatut“, in: „Die Neue Zeitung“ vom 4. 7. 1948 S. 5.

72) Eine gedrängte Übersicht zu diesen Fragen in: „Bürgerrechte und Besatzungsmacht“, herausgeg. v. Institut zur Förderung öffentl. Angelegenheiten, Frankfurt a. M. 1951.

73) Z. B. im Beamtenrecht: §§ 27, 29, 65 Brit. u. US MRG Nr. 15.

74) Vgl. oben I. Hauptteil II.

75) H. Maier in JZ 52/285.

### b) Freiheit der Meinungsäußerung.

Sie war empfindlich eingeschränkt, indem das gesamte Nachrichtenwesen, Presse- und Verlagswesen einem allgemeinen Verbot mit Erlaubnisvorbehalt im einzelnen unterlag<sup>76</sup>. Von dem allgemeinen Verbot, Druckschriften zu veröffentlichen, konnte ein Bürger für sich nur durch Erteilung einer Lizenz der Militärregierung eine Ausnahme erwirken<sup>77</sup>. Damit waren dem öffentlichen Leben des besetzten Landes und der Bewegungsfreiheit des einzelnen ganz neuartige besatzungsrechtliche Fesseln angelegt. Fernerhin war in der ersten Zeit Kritik an den Maßnahmen der Besatzungsmacht in einem nicht deutlich abgegrenzten Umfang verboten und strafbar<sup>78</sup>. Eine oppositionelle politische Haltung, die man den demokratischen Rechten zählen kann, wurde damit also der Militärregierung gegenüber nicht geduldet.

### c) Freiheit der Person.

Auch hier hielten sich die Besatzungsmächte nicht für gebunden an deutsche Verfassungs- und Verfahrensbestimmungen. So war durch Viermächtegesetzgebung die Möglichkeit der Zwangsarbeit vorgesehen<sup>79</sup>. Mochte dieser Eingriff in die persönliche Freiheit noch als unumgängliche Notstandsmaßnahme der ersten Aufbau-tätigkeit gedacht gewesen sein, so setzte er sich aber auf anderen Gebieten und mit anderer Tendenz fort. Jede Verhaftung Deutscher durch Besatzungsorgane war ohne Rücksicht auf die Bestimmungen des deutschen Rechts, insbesondere der Länderverfassungen, möglich. Dies entsprach dem offiziellen Standpunkt der US-Militärregierung, was sich darin zeigt, daß am 7. 1. 1948 ein besonderer Rechtsschutz gegen von der Besatzung ausgehende widerrechtliche Beschränkungen der persönlichen Freiheit eingeführt wurde, der in einem Verfahren nach amerikanischen Rechtsgrundsätzen geltend zu machen war<sup>80</sup>. Bei der Entnazifizierung mußten die von den Spruchkammern zu Arbeitslager Verurteilten nach den Anweisungen der US-Militärregierung sofort in Haft genommen werden, obwohl das Befreiungsgesetz eine Verhaftung erst nach Durchführung des Berufungsverfahrens vorsah<sup>81</sup>.

### d) Freiheit der Lehre und Forschung.

Hier ergaben sich Einschränkungen außer dem Verbot von Besatzungskritik auch aus dem weit gefaßten Verbot wissenschaftlicher Forschung für militärisch nutzbare Zwecke<sup>82</sup>.

### e) Unverletzlichkeit der Wohnung.

Diesbezügliche Grundrechtsartikel konnten unter der Wohnungszwangswirtschaft des KRG Nr. 18 keine Bedeutung gewinnen. Die ausdrückliche Einschränkung des Artikels 9 der Hessischen Verfassung in deren Artikel 157 b bestätigte nur, daß es sich um ein „leerlaufendes Grundrecht“ handelte. Eine im Anfangsteil der Verfassung proklamierte Bestimmung wurde in den Schlußvorschriften wieder wirkungslos gemacht.

### f) Freizügigkeit.

Das Recht, „sich an jedem beliebigen Ort aufzuhalten und niederzulassen, Grundstücke zu erwerben und jeden Nahrungszweig zu betreiben“<sup>83</sup>, war bestandsgefährdenden Erschwerungen ausgesetzt<sup>84</sup>. Es gab Beschränkungen schon als Folge der Zonenabkapselung, Genehmigungserfordernisse zur Überschreitung der Deut-

<sup>76</sup> In der US-Zone MRG Nr. 191.

<sup>77</sup> BGH, Urteil vom 5. 10. 54 in JZ 55/164.

<sup>78</sup> KR-Direktive Nr. 40.

<sup>79</sup> KR-Befehl Nr. 3, Art. 18; vgl. Bad. StGH in SJZ 49/215 (Besatzungsrecht steht über der badischen Verfassung).

<sup>80</sup> Das sogenannte „Habeas-Corpus-Verfahren“ (MRVO Nr. 23).

<sup>81</sup> Griffith S. 72 unter 18; zur Verhaftung Deutscher durch Besatzungsorgane vgl. auch für die spätere Zeit: Hans Kruse, Besatzungsmacht und Freiheitsrechte (Rechtsgutachten zum Fall Naumann), Göttingen 1953.

<sup>82</sup> Oben I. Hauptteil unter 1.

<sup>83</sup> So das im Grundsatz fortgelt. Freizügigkeitsgesetz d. Norddeutsch. Bundes v. 1. 11. 1867.

<sup>84</sup> Vgl. Eschenburg in DRZ 47/353 ff.

sche von Deutschen trennenden Zonengrenzen sowie Niederlassungsschwerungen für Zonenfremde und Zonenlose.

Nach dem USMRG Nr. 161 war der Zonengrenzverkehr für Personen und Güter dem Genehmigungszwang unterworfen<sup>85</sup>. Besatzungsinteressen zusammen mit Noterscheinungen des Wohnraummangels und des Flüchtlingszustroms lösten auch innerhalb der einzelnen Zonen Besetzungseinschränkungen der Freizügigkeit aus<sup>86</sup>, die von diesem Grundrecht so gut wie nichts übrig ließen. Auf dem Gebiete der Arbeitslenkung sind die nach dem Kontrollratsbefehl Nr. 3 vorgesehenen Meldepflichten und Zwangsarbeitsverträge als Einschränkungen zu nennen.

#### g) Schutz vor Auslieferung und Asylrecht.

Die Besatzungsbehörden hielten sich bei der Auslieferung von Personen aus Deutschland nicht für gebunden an die Bestimmungen des deutschen Rechts, die eine Auslieferung von Inländern nicht vorsehen<sup>87</sup>. Diese Auffassung vertrat die US-Besatzungsmacht in ihrer Zone bei zahlreichen Auslieferungsfällen<sup>88</sup>. Wenn auch die Tendenz bestand, die Auslieferung Deutscher auf Kapitalverbrechen zu beschränken, so waren die Maßnahmen auch in dieser Beschränkung mit dem unbedingten Auslieferungsschutz für Deutsche<sup>89</sup>, die nur der Strafsanktion der einheimischen Rechtsordnung unterstehen sollen, wenn sie sich in deren Gebiet befinden, nicht vereinbar.

#### h) Gewährleistung des Eigentums.

Eingriffe in die Eigentumsordnung zeigten sich in verschiedenen Formen. Abweichend von Art. 53 HLKO, der nur das bewegliche Eigentum des Staates für beschlagnahmefähig erklärt, griffen die Reparationen, Restitutionen und langfristigen Requisitionen weit darüber hinaus, vor allem in Form von Demontagen und Wegnahme von Auslandsvermögen. So hätten nach dem Grundsatz der Unantastbarkeit des Privateigentums Reparationen nicht auf Privatvermögen abgewälzt werden dürfen, das sich im Lande der Siegermächte oder Neutraler befand<sup>90</sup>. Eine besonders einschneidende Maßnahme war die Konfiszierung der deutschen gewerblichen Schutzrechte<sup>91</sup> im Rahmen der Übernahme und Erfassung des deutschen Auslandsvermögens. Es konnte zweifelhaft sein, ob durch derartige Maßnahmen der internationale Frieden und die allgemeine Sicherheit gefördert werden konnten, wie es im Vorspruch zum KRG Nr. 5 heißt.

Allerdings wurden in Deutschland Beschlagnahme von Auslandsvermögen und Demontagen, die über Entmilitarisierungszwecke hinausgingen, allzu einseitig beurteilt. Es blieb zu bedenken, daß durch diese Eingriffe Reparationen in anderer Form vom deutschen Staat abgewendet werden konnten, daß der deutsche Staat also solche Schäden an Privateigentum auszugleichen haben würde, soweit Ver-

85) Dazu VGH Stuttgart in OeV 49/457; abweichend stellt der Hess. VGH in ESVGH 1953/130 Freizügigkeit trotz Besatzungsrecht fest, aber für eine spätere Zeit und einen anders gelagerten Fall (Westberlin — Bundesgebiet). — Weitere Rechtsquellen zum Zonenverkehr: KR-Direktiven Nr. 43 und 49 (Interzonenpässe); US Mil.Reg. Direktive vom 15. 7. 47 betr. Wohnortwechsel zwischen den Zonen.

86) So wurden verschiedentlich nach dem 1. 9. 1939 zugezogene Personen in ihre Ausgangszonen zurückverschickt. Die Rechtsprechung der Verw.Gerichte verneinte z. B. in diesen Fällen die Voraussetzungen des § 4 BVFG (Sowjetzonenpflichtling).

87) Für die Brit. Zone: Court of Appeal, Urt. v. 14. 1. 49 in DRZ 50/237 m. Anm. Grewe. Dort wird das weitere Verbot des deutschen Rechts unberücksichtigt gelassen, im Inland befindliche Ausländer wegen politischer Delikte auszuliefern.

88) Meyer-Labastille, NJW 49/818.

89) Deutsches Auslieferungsgesetz v. 23. 12. 1929 und Weimarer Verfassung Art. 112 III.

90) Über Restitutionen: E. Kaufmann, AöR Bd. 75 (1949) S. 1 ff.; über Reparationen u. Restitutionen: Grewe S. 155 ff.; zur Beschlagnahme des Auslandsvermögens Duden in Raape-Festschrift 1948/113 ff. und Hachenburg in JZ 52/1 ff. Die Beschlagnahme führte in den meisten Ländern zur Enteignung, obwohl die Besatz.-Mächte nicht von Rechts wegen Normen mit Wirkung für das Gebiet ausländischer Staaten erlassen konnten (Schindler, Schweiz. Jahrb. f. int. Recht 1946/65 ff.).

91) KRG Nr. 5 Art. X b; dazu Stolper S. 206, 216.

mögenswerte seiner Bürger in seinem Interesse der Wegnahme durch Besatzungsmaßnahmen verfielen<sup>92</sup>.

Weiterhin waren innerhalb des Besatzungsgebietes die Grenzen zwischen Requisition und Konfiskation verwischt, wenn private Grundstücke für nicht absehbare Zeit zur ausschließlichen Besatzungsnutzung in Anspruch genommen wurden<sup>93</sup>. Auch der unvollkommene Rechtsschutz für Ansprüche gegen Besatzungsangehörige verdient hier Erwähnung. Die Exemption von Besatzungsangehörigen wirkte sich für die zahlreichen Unterhaltsansprüche von Besatzungskindern deutscher Mütter als eine Entziehung natürlicher Rechte aus<sup>94</sup>.

Aus einem anderen Bereich sind die Bestimmungen über die entschädigungslose Ablieferung von Edelmetall und Edelmetallmünzen ein Beispiel von Eigentumsentziehung, für die ein Ausgleich in irgend einer Form nicht vorgesehen war<sup>95</sup>.

Im Bereich der wirtschaftlichen Umgestaltungsmaßnahmen war dagegen die Frage nicht so eindeutig zu beantworten, wieweit Eingriff durch Dekartellisierung und Entflechtung mit der Eigentumsgarantie kollidieren konnten. Zumindest bei der Entflechtung war die Grenze des Zulässigen überschritten, soweit diese über Zwecke der reinen Demilitarisierung hinausging.

Eine Eigentumsbeschränkung, die in weite Lebensbereiche hineinwirkte, zeigte sich im Besatzungsvorrang in der deutschen Jagd- und Fischereiausübung ohne Rücksicht auf bisher bestehende deutsche Aneignungs- und Pachtrechte. So ging in der US-Zone die amerikanische Jagdordnung Nr. 58 vom 23. 7. 1947 grundsätzlich davon aus, daß die Jagd nur Besatzungsangehörigen gestattet sei und andere Personen nicht jagen dürften<sup>96</sup>.

Eine ordnende Maßnahme mit Eingriffscharakter, die man durch die Verwirrung des Zusammenbruchs erklären konnte, war in einzelnen deutschen Ländern die Erfassung<sup>97</sup> von zurückgelassenen Kraftfahrzeugen und Anhängern durch Besatzungsrecht, obwohl diese Gegenstände nach deutschem Recht nicht herrenlos geworden waren.

#### i) Brief-, Post- und Telefongeheimnis.

Dieses unter die Grundrechte aufgenommene Recht auf eine bestimmte Geheimsphäre war durch besatzungsrechtliche Zensurbestimmungen eingeschränkt. Die Briefzensur wurde in Form von Stichproben durchgeführt, in der US-Zone ab 15. 10. 1947, in der britischen Zone ab 1. 3. 1948 aufgehoben, während sie in der französischen Zone während der ganzen Übergangszeit andauerte. Ohne zeitliche Begrenzung wurde in allen Zonen eine Fernsprechtsensur geübt und die Auslandspost unterlag einer „Devisennachschau“ nach der besatzungsrechtlichen Devisengesetzgebung.

#### k) Immunität von Abgeordneten.

Das Privileg der Immunität ist kein Vorrecht des einzelnen Parlamentsmitglieds, sondern ein verfassungsmäßig festgelegtes Recht der gesetzgebenden Körperschaft<sup>98</sup>. Es kann unter den Beispielen besatzungsbedingter Einschränkung einzelner Verfassungsartikel hier angeführt werden, weil die Besatzungsmächte das Recht zu freier Ausübung der Abgeordnetentätigkeit nicht in vollem Umfang bis

92) Dazu ausführlich: H. Maier in JZ 54/405.

93) Darin lag jedenfalls eine faktische Beeinträchtigung des Eigentums, wenn auch in Rechtspr. und Schrifttum noch streitig ist, ob Eingriffe der Besatzung als Enteignung i. S. deutscher Verfassungsbestimmungen, d. h. mit Entschädigungspflicht des deutschen Staates, angesehen werden können: BGHZ 11/43 u. 12/53 sowie H. Maier in JZ 54/405 ff.

94) Vgl. Schwenk in NJW 53/1776 und AGR. Nürnberg in JZ 54/159.

95) Obwohl im Gesetz über Devisenbewirtschaftung geregelt (USMRG Nr. 53 Art. III 5 d), erstreckte sich diese Bestimmung auch auf deutsche Münzen; zu den weittragenden Folgen vgl. LG Osnabrück in NJW 50/751.

96) Urteil des Hess. VGH vom 10. 11. 1950 in DVBl 51/548.

97) Dazu Bad. StGH Freiburg in AöR Bd. 75/477 ff.

98) Hatschek Bd. I S. 451.

zur strafrechtlichen Unverfolgbarkeit anerkannten. Die Einschränkung dauerte sogar über die Übergangszeit hinaus fort<sup>99</sup>.

So zeigte sich in der Besatzungspraxis, daß die besetzenden Mächte nicht gewillt waren, die Grundrechte der genehmigten Verfassungen ihren Organen gegenüber in jedem Fall für verbindlich zu halten. Im Hinblick auf die demokratischen Erneuerungsziele ist dieser Vorgang durch den Hinweis auf einen positiven Geltungsvorrang von Besatzungsmaßnahmen nicht hinreichend erklärt. Es gilt vielmehr das Verhältnis von Grundrechten und Besatzungsrecht zu diesen Erneuerungszielen in eine unmittelbare Beziehung zu setzen. Die auf den ersten Blick unklare Lage konnte der resignierenden Meinung von der Omnipotenz der Besatzungsmächte einen gewissen Anhalt geben und war geeignet, bei längerem Andauern das deutsche Voranschreiten zu selbstverantwortlicher Gestaltung zu lähmen<sup>100</sup>. Durch ein derartiges zweifaches Maß der Rechtsanwendung konnte das bittere Wort aufkommen, es gebe in Deutschland fortan „zweierlei Völkerrecht“<sup>101</sup>. Die Diskrepanz zwischen Verfassungspathos und Verfassungswirklichkeit auf dem Teilgebiet des Besetzungseinflusses<sup>102</sup> konnte die Überzeugungskraft der Grundgesetze der Länder empfindlich beeinträchtigen.

Man kann jedoch nicht alle Maßnahmen als rechtswidrige Überschreitung ihrer Kompetenz ansehen, mit denen sich die Besatzungsmächte über Grundrechte der Bürger des besetzten Landes hinwegsetzten. Daß nicht bei Beginn der Besetzung sofort und vornherein in einem formellen Sinne jedermann sich auf jedes Grundrecht sollte berufen können, mußte einleuchten. Der revolutionäre Umwälzungszweck der Besetzung schloß einen solchen Effekt in gewissem Umfange ein. Die Überwindung eines autoritären Regimes durch Anstoß von außen wäre ohne eine schmerzhaft Operation im Inneren nicht möglich gewesen. So erforderte beispielsweise die Entnazifizierung ein anfängliches Abweichen von einer durchgängigen Freiheit und Gleichheit, in welcher Art im einzelnen sie auch durchgeführt werden mochte. Bei der Entmilitarisierung konnte kein Unterschied gemacht werden, ob die zu beschlagnahmenden Waffen dem Staat oder einer Einzelperson gehörten. Ferner machte die Not des Zusammenbruchs gewisse Einschränkungen der Freizügigkeit und der freien Arbeitsplatzwahl unabweislich und rechtfertigte Beschränkungen in der freien Wohnraumverfügung. Andererseits konnten nicht alle Eingriffe in die persönliche Freiheit, in die Eigentumsordnung und in die Wirtschaftsverfassung durch die besatzungsgelenkten Funktionen einer revolutionsartigen Umwälzung gedeckt sein. Der Ausnahmezustand einer nur partiellen und sukzessiven Rechtsstaatlichkeit durfte nicht überspannt werden.

Es gibt somit keine allgemeingültige Antwort auf die Frage, ob der Ausschluß von Grundrechten durch das Besatzungsregime gerechtfertigt war. Es durfte sich – auch im Rahmen der auf Dauer angelegten Besatzungsziele – nur um eine Ausschlußwirkung von im ganzen gesehen vorübergehender Natur handeln und sie mußte sich als notwendig erweisen für die Durchsetzung von Besatzungszielen, die durch Abkommen unter den besetzenden Mächten als grundlegend anerkannt waren.

99) Vgl. die Immunitätsdebatte in der Bundestagssitzung vom 23. 6. 1950.

100) Es konnte als Paradoxie empfunden werden, daß man dem deutschen Volke, um ihm die Menschenrechte wiederzugeben, sie ihm vorenthalte: Arndt, Deutschlands rechtliche Lage, in: „Die Wandlung“ 1947 S. 11; ein mit Eingriffsmitteln der Besatzungsmacht geschaffenes und gelenktes Staatswesen barg die Gefahr in sich, nicht von einem für den Neubeginn so notwendigen echten Staatsbewußtsein der Bürger getragen zu werden: Scheuner, Nationalismus und Staatsbewußtsein in Deutschland, Recht—Staat—Wirtschaft, Bd. IV (1953) S. 341. Andererseits hat das Bundesverfassungsgericht ausgesprochen, daß die Einschränkung von Verfassungsnormen für eine Übergangszeit hingenommen werden könne, wenn sie mit einem schrittweisen Abbau der besatzungsrechtlichen Ordnung in Zusammenhang stehe („Saarurteil“, NJW 55/865 = JZ 55/417).

101) So die vereinzelt gebliebene Lehre von Laun, Haager Landkriegsordnung, 4. Aufl. (1948) S. 87; dagegen Grewe in AöR Bd. 74/510 und v. d. Decken in Jahrb. f. int. aöR. 1948 I S. 22.

102) Indem Art. 159 Hess. Verfassung die Besatzungsnormen als „Oberverfassung“ aufzeigte, wurden die Unstimmigkeiten nur angedeutet, nicht gelöst.

## II. Die fortdauernde Bindung deutscher Organe an deutsches Recht und Gesetz.

### 1. Die Maßgeblichkeit der deutschen Rechtsordnung.

Unter der Besetzung bestand Deutschland als Staat weiter. Nur bei einer Annexion kann das im übergegangenen Gebiet bestehende Staatsrecht insgesamt seine Grundlage verlieren und wird dann höchstens aus Zweckmäßigkeitsgründen bis zur Ersetzung durch den Erwerber als fortbestehend behandelt<sup>103</sup>. Die deutsche Rechtsordnung wurde demzufolge ganz gewiß nicht ausgelöscht. Auch aus gesetzgeberischen Anordnungen der Besatzungsmächte selbst ergibt sich, daß diese vom Fortbestand der deutschen Rechtsordnung ausgingen<sup>104</sup>. Virally, der als Vertreter einer Minderheit im Schrifttum die These vom Bestand Deutschlands als „unhaltbare juristische Fiktion“ erklärte, konnte nicht umhin, in Einklang mit der Besatzungsgesetzgebung den grundsätzlichen Fortbestand der deutschen Rechtsordnung festzustellen, wenn auch mit einer rein positivistischen Begründung<sup>105</sup>. Auch aus Gesetz Nr. 6 (SHAEF) ergibt sich der Grundsatz einer Gehorsamspflicht deutscher Organe und Bürger gegenüber dem deutschen Recht<sup>106</sup>.

Diese Weitergeltung ist nicht schlechthin auf eine Pflicht des Okkupanten zur Beachtung der Landesgesetze zurückzuführen<sup>107</sup>. Auch nach der Auffassung ausgedehnter Befugnisse der Besetzung seit 1945 erforderten Bedürfnisse der Besatzungsmächte wie des besetzten Landes die grundsätzliche Weitergeltung, sollte nicht völlige Rechtsverwirrung eintreten<sup>108</sup>. Durch eine neue übergeordnete Gewalt mit Eingriffsbefugnissen in die deutsche Rechtsordnung fiel diese nicht insgesamt weg und büßte von ihrer Geltungskraft nichts ein, soweit von den ändernden Okkupationsbefugnissen kein Gebrauch gemacht war.

Die Fortgeltung des deutschen Rechts bedeutete aber nicht, daß die neuen deutschen Länder bedingungslos an den Bestand reichsrechtlicher Normen gebunden waren, die den Zusammenbruch überdauert hatten. Schon durch den Zuwachs von Funktionen des handlungsunfähigen Reiches<sup>109</sup> brauchten die Länder einen gewissen Spielraum für den Aufbau einer neuen Ordnung. Es war aber die wohl begründete Auffassung der Übergangszeit, daß die Länder dennoch nicht frei schalten und walten konnten<sup>110</sup>. Das Kammergericht gab in dem berühmten gewordenen Beamtenrechtsurteil<sup>111</sup> dieser Meinung folgendermaßen Ausdruck: „Das frühere Reichsrecht, soweit es nicht nationalsozialistischen Charakter hat oder durch die veränderten Verhältnisse überholt ist, besteht weiter und bindet die zu Deutschland noch gehörenden Länder. Es konnte von den Ländern nur insoweit außer Kraft gesetzt werden, als es zur Erfüllung ihrer Aufgaben unbedingt erforderlich war“<sup>112</sup>.

103) Mosler, Wirtschaftskonzessionen . . . , S. 23, 194. Darüber hinaus fällt die sonstige Rechtsordnung einem Staatsuntergang nicht ohne weiteres zum Opfer, vgl. Schätzel in DRZ 47/71 mit den Beispielen Hannovers u. Kurhessens 1866, Preußens 1945.

104) SHAEF-Gesetz Nr. 1 Art. IV bestimmt: „Die deutsche Gesetzgebung, die nach dem 30. 1. 33 in Kraft getreten ist und anwendbar bleibt, ist derart auszulegen . . .“ Weiter Art. II der US-Prokl. Nr. 2 vom 19. 9. 45 u. Brit. MRVO Nr. 46 Art. IV 5 b (ABl 1946/305). Auch die Aufhebung bestimmt bezeichneter NS-Gesetze setzte begrifflich die Fortgeltung des deutschen Rechts voraus, dazu Virally S. 94, 95, 101 m. weiteren Argumenten.

105) S. 94, 97.

106) Das Gesetz sah durch Einzelentscheidung der Mil.Reg. Befreiung von der Gehorsamspflicht gegenüber dem deutschen Gesetz vor, wo es um Genehmigungen und Zustimmung zur Vermeidung der Nichtigkeit von Rechtsgeschäften ging.

107) Art. 43 HLKO, dazu unten III 2 b.

108) Windels in „Die Spruchgerichte“ 1948/267.

109) Z. B. im Nolleistungsrecht, v. Turegg, Lehrbuch S. 383; weiter BVerfGE Bd. 4/74 ff. (zur Reichsärzteordnung); BGHSt 7/40.

110) H. Peters, Das Gesetzgebungsrecht der Länder u. Provinzen, in NJ 47/2 (6, 7); Schrör in DRZ 48/231; Grewe S. 100–105; Zinn in SJZ 47/11; Geiler, Die völkerrechtl. Lage Deutschl., S. 21 (die Länder müßten sich während der Übergangszeit als Glieder der deutschen Einheit fühlen). Auch E. R. Huber in JZ 54/378 rechts. — Dagegen stand die US-Besatzungsmacht dem Bestreben der Länder, ein Minimum einheitl. Rechts zu erhalten, ablehnend gegenüber u. förderte die föderalistischen Tendenzen (Guradze S. 205).

111) NJW 50/29 = DRZ 49/541 = JR 50/146.

112) Der Gegenstandspunkt — Bindung der Länder nur an das übergeordnete Recht des Kontrollrats u. der Mil.Reg., nicht aber an bisheriges Reichsrecht — wurde erst nach

Daß das die deutschen Länder einigende Band fortgeltenden Reichsrechts nur in Notfällen während der Übergangszeit angetastet werden sollte, leitete sich als Grundsatz aus dem auf zukünftige Neuverwirklichung gerichteten gliedstaatlichen Bewußtsein der Länder her<sup>113</sup>, nicht aber aus einer förmlichen Fortgeltung der Weimarer Verfassung. Deren Artikel 13 I („Reichsrecht bricht Landesrecht“) hatte wie alle übrigen Bestimmungen durch den Umsturz 1933/34 seine Verfassungskraft eingebüßt<sup>114</sup>.

Das fortgeltende Reichsrecht war in den aufgezeigten Grenzen ebenso zu beachten wie das neu entstehende Recht. Die für eine Abweichung zuweilen gegebene Begründung, es habe Wünschen von Besatzungsstellen gefolgt werden müssen, durfte die deutschen Gerichte nicht davon abhalten, unentschuld bare Fehlgriiffe der ersten Zeit zu korrigieren<sup>115</sup>.

## 2. Der Einfluß besatzungsrechtlicher Anweisungen.

Da für deutsche Stellen die einheimische Rechtsordnung weiterhin Richtschnur blieb, kam für ihre unter eigener Verantwortung erlassenen Akte nur eine besatzungsrechtliche Einwirkung von schwächerer Wirkung in Betracht<sup>116</sup>. Nach einhelliger Meinung konnte eine einfache Genehmigung oder Anweisung der Militärregierung einem Akt oder einer Anweisung einer deutschen Behörde keine größere Rechtsgültigkeit verleihen, als dieser Akt oder diese Anweisung an sich nach deutschem Recht haben konnten<sup>117</sup>.

Für deutsche Anordnungen, die unter dem Einfluß von Besatzungsbefehlen diese Schranken überschritten, kamen zwei Fälle in Betracht: Handelte es sich um eine allgemein gehaltene Besatzungsermächtigung, dann war ihre Durchführung als deutscher Akt ungültig. Da auch in der Besatzungslage sich deutsche Behörden im Regelfall nicht über die deutsche Rechtsordnung hinwegsetzen sollten, waren solche Akte durch allgemeines Besatzungsrecht allein noch nicht gedeckt<sup>118</sup>. Denn die Genehmigung konnte auch in Unkenntnis deutscher Rechtsnormen ausgesprochen sein. Sie war nur von formeller Bedeutung und setzte keine materielle Prüfung des zu genehmigenden Aktes voraus. So konnten beispielsweise deutsche Behörden für Bauvorhaben der Besatzungsmacht nicht unter Berufung auf einen sogenannten „Besatzungsbefehl“ private Grundstücke ohne förmliches Enteignungsverfahren in Anspruch nehmen, wenn die Besatzung ihrerseits von einer Requisition absah<sup>119</sup>. Andererseits konnte der Wille einer Besatzungsstelle, einem deutschen Organ eine von der bisherigen Norm abweichende Regelung oder Anordnung zu

der Übergangszeit vertreten, als die Gefahr einer uferlosen Rechtszersplitterung durch Art. 125 Ziff. 2 GG gebannt war: Hess. VGH, Urt. v. 4. 8. 50 in VerwRechtspr. Bd. 3 Nr. 62; Riedel in NJW 52/532; BVerfGE Bd. 2/237 (250); BGHSt 7/40.

113) Vgl. Art. 153 II Hess. Verfassung, ähnlich Württ.-Baden.

114) So mit Recht die überwiegende Meinung: Seuffert S. 63; Zinn in NJW 47/9; Klein S. 35; Cohn in MDR 47/180; Schätzel in DRZ 47/245; Stödter S. 260, 262; Arndt in SJZ 49/446; v. Mangoldt, Das Bonner GG, S. 1; BVerfGE Bd. 2/237 (248) = JZ 53/502 und BVerfGE Bd. 3/58 = JZ 54/76 (Leitsatz 3 des „Beamtenurteils“).

A. A. (für Fortgeltung der Weimarer Verf. mit Verfassungskraft für die nicht auf die Organisation der Reichsgewalt bezüglichen Teile), jedoch ohne durchschlagende Gründe: E. Sauer, Grundriß des Völkerrechts S. 139, 140; Gutachten des Ob. Finanzgerichtshofs München v. 3. 4. 46, zitiert bei Zinn, SJZ 47/5; Grewe S. 76, 78 bezüglich „technisch-neutraler“ Verfassungselemente (oben 2. Hauptteil bei Fußnote 16); Grewe in DV 48 S. 21 für Art. 13 I WV.; Schulze in AöR Bd. 76/54 unter Fußnote 61); BGHZ 6/208 (zu Art. 129 I Satz 3 WV) Gr.Ziv.S. des BGH in BGHZ 6/270 (zu Art. 153 WV).

115) Ipsen in MDR 49/47. Ausnahmen ist nur der Fall durchbrechender ausdrücklicher Besatzungsanweisung, dazu im folgenden.

116) Besonders deutlich im Bereich der Rechtssetzung: oben 2. Hauptteil II 2 und 3 b.

117) LVG Münster in MDR 50/59 u. VerwRechtspr. 4/212; für die spätere Zeit BVerfGE. in NJW 52/970.

118) Auch hier gilt, was BGHZ 2/77 über das Recht und die Pflicht deutscher Behörden zu Gegenvorstellungen ausführte.

119) LG Bremen in NJW 51/528; Hess. VGH in Hess. StaAnz. 51/10 Beilage Nr. 2: Titel 14 der US-Mil.-Reg.-Vorschriften über das Transportwesen bildete keine selbständige Rechtsgrundlage für die Inanspruchnahme von Kraftfahrzeugen, die deutsche Behörde mußte das deutsche Recht anwenden.

gebieten oder zu gestatten, außerhalb eines nur formalen Genehmigungsverfahrens in einer unmißverständlichen speziellen Anweisung zum Ausdruck kommen. Es gab einen Bereich, wo die Grenzen der deutschen Befugnisse überschritten, die besatzungsrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten aber noch nicht erschöpft waren<sup>120</sup>. So konnte etwa die Besatzungsmacht deutschen Stellen ein Gesetzgebungs- oder Verordnungsrecht übertragen, das diese von Rechts wegen nicht gehabt hätten, ebenso die fehlende gesetzliche Grundlage für einzelne Rechtsanordnungen schaffen<sup>121</sup>. Eine solche Praxis, sich über die deutsche Rechtsordnung hinwegzusetzen, war allerdings nicht unbedenklich. Es konnte die Frage auftauchen, was alles zum gänzlich unantastbaren Kern des deutschen Rechts gehörte. Weiterhin konnten Unklarheiten entstehen, indem ein zur Normenprüfung berufenes deutsches Gericht nach Erforschung der letztlich besatzungsrechtlichen Herkunft der Norm diese selbst als unüberprüfbar ansah, auch wenn die erlassende deutsche Stelle die ausdrückliche Besatzungsanweisung nicht offenlegte<sup>122</sup>.

### **III. Die Problematik einer solchen doppelgleisigen Herrschaftsordnung.**

#### **1. Das Verhältnis von Besatzungsrecht und Landesrecht als Grundproblem jeder Besetzung.**

Die These vom Geltungsvorrang des Besatzungsrechts kann allein nicht alle Schwierigkeiten lösen, die sich aus den Anforderungen zweier sich überlagernder Rechtsordnungen ergeben. Beide Rechtskreise müssen an allen Berührungsflächen stets und neu im konkreten Fall aufeinander abgestimmt werden. In der Stellung der Besatzungsmächte, in ihrer Doppelfunktion und Befugnisvereinigung, läßt sich ein natürlicher Interessengegensatz nicht völlig überbrücken. Wohl sind Besatzungsbehörden auch zur Wahrnehmung sonst ureigener Landesbelange befugt und bei längerer Dauer der Besetzung in immer stärkerem Maße genötigt. Dabei werden die eigenen Bedürfnisse der Besetzung die Belange des besetzten Landes in einem anderen Licht erscheinen lassen, als eine Prüfung durch landeseigene Behörden ergäbe. Gerade in Krisenzeiten könnte eine derartige natürliche Voreingenommenheit der Besatzungsorgane die einheimischen Belange als weniger wichtig zurücktreten lassen.

So haben die Dienststellen der okkupierenden Macht und nicht weniger die ihrem Befehl untergebenen Landesorgane besatzungsrechtlich eine schwierige Stellung. Letztere besonders können bei der Maßgeblichkeit von zwei Normenkreisen vor einem Konflikt der Pflichten stehen<sup>123</sup>. Diese grundsätzlichen Schwierigkeiten jeder Besetzung spitzten sich in Deutschland seit 1945 durch die Besonderheiten einer neuartigen Lage mit sehr weit greifenden Besatzungsbefugnissen weiter zu.

#### **2. Die rechtliche Einordnung der Besetzung Deutschlands.**

##### **a) Bisherige Formen der Besetzung zum Vergleich.**

Die Besetzung fremden Staatsgebiets wurde als rechtliche Erscheinung bisher in den drei Formen der kriegerischen, der friedlichen und der gemischten Besetzung begriffen. Allen drei Formen ist gemeinsam, daß die einheimische Staatsgewalt in bestimmtem Umfang und für eine gewisse Dauer suspendiert ist, während andererseits der Eingriff nicht bis zur Annexion führt, die besetzende Macht sich das Gebiet nicht einverleiben will, auf das sie ihre Herrschaft erstreckt.

<sup>120</sup> Zu weitgehend Virally S. 102, der ohne jede Begrenzung die Ansicht vertritt, die alliierten Behörden könnten zwar nicht unmittelbar die Ausführung deutscher Gesetze übernehmen, aber ohne Rücksicht auf die ihnen übertragenen Befugnisse stets verbindliche Entscheidungen treffen, selbst wenn diese nicht dem deutschen Gesetz entsprächen.

<sup>121</sup> Vgl. AöR Bd. 75/477 ff.

<sup>122</sup> Das Problem d. mittelb. Besatzungsrechts, oben Einl. Fußnote 10 u. 2. Haupttt. 159 ff.

<sup>123</sup> „Niemand kann zwei Herren dienen“: Bilfinger, Die Geltung der Gesetze im besetzten Gebiet, DJZ 1927/567 (für die Rheinlandbesetzung, wo die Situation insofern noch schwieriger war, weil ein deutscher Gesetzgeber völlig außerhalb des besetzten Gebiets durch seine Befehle in dieses hineinwirkte).

#### aa) Die kriegerische Besetzung (*occupatio bellica*).

Die *occupatio bellica*<sup>124</sup> ist eine Besetzung im Zuge kriegerischer Handlungen, also durch einen tatsächlichen Akt der kriegerischen Gewalt. Die Übernahme der Herrschaft beruht auf keinerlei Rechtstitel, mag auch in ihr nach bis jetzt geltender Auffassung andererseits keine Verletzung des Völkerrechts liegen und sie als erlaubtes Kriegsmittel gelten. Sie ist ihrem Wesen nach auf vorübergehende Ausübung berechnet und durch mehr provisorischen Charakter gekennzeichnet. Sie beschränkt sich auf die notwendigsten Eingriffsbefugnisse unter möglicher Aufrechterhaltung der Landesgesetze. Die vorgefundene Rechtsordnung des besetzten Landes bleibt grundsätzlich erhalten. Die Besetzung soll nicht das Gesicht des okkupierten Landes neu prägen, sondern das Gebiet bis zur Entscheidung über sein endgültiges Schicksal lediglich in fremder Verwaltung halten. Während die Staatsgewalt juristisch dem okkupierten Staat verbleibt, fällt die Gebietshoheit der Ausübung nach der besetzenden Macht zu, und zwar im Rahmen des Besatzungszwecks ohne Begrenzung auf einzelne spezielle Befugnisse. Der Endigungsstatbestand dieses Zustandes hängt jeweils von der weiteren Entwicklung ab: Entweder geht das Gebiet durch kriegerische Ereignisse wieder verloren oder es wird nach Kriegsende zurückgegeben, an den Okkupanten abgetreten oder von ihm annektiert.

In der HLKO von 1899 und 1907 wird die *occupatio bellica* als eine bereits feststehende Erscheinungsform vorausgesetzt<sup>125</sup>. In ihrem III. Abschnitt haben die Bestimmungen über Ausübung militärischer Gewalt auf besetztem feindlichem Gebiet als völkerrechtliches Gewohnheitsrecht ihren Niederschlag gefunden.

In ihren Auswirkungen zeigt die kriegerische Besetzung, daß in erster Linie Verwaltungsbefugnisse ausgeübt werden, in geringerem Umfang solche der Gesetzgebung und am wenigsten Befugnisse der Gerichtsbarkeit des besetzten Gebiets. Dabei finden Eingriffe in die Struktur der Behördenorganisation kaum statt. Richter und Verwaltungsbeamte führen ihr Amt in der bisherigen Zuständigkeit fort, einer Erneuerung oder Bestätigung ihres Auftrages bedarf es nicht<sup>126</sup>. Mit Beendigung der Besetzung verlieren von den Okkupationsorganen erlassene Rechtsnormen von selbst ihre Geltung, die unter dem Besatzungsregime suspendierten oder modifizierten Gesetze des Landes treten wieder in Kraft. Eine Wiedereinführung erübrigt sich<sup>127</sup>.

#### bb) Die friedliche Besetzung (*occupatio pacifica*).

Bei dieser Besetzungsform<sup>128</sup> erlangt der Okkupant die tatsächliche Gewalt über fremdes Gebiet nicht im Verlaufe kriegerischer Handlungen, sondern es werden ihm auf vertraglicher Grundlage Besatzungsrechte eingeräumt. Diese vom Schuldnerstaat zugestandenen Rechte bilden den Rechtstitel der Besetzung, ihre Grundlagen und ihre Grenzen. Der Okkupant kann nur die ihm vertraglich gewährten, bestimmten Hoheitsrechte ausüben, nur in diesem Umfange sind seine Anordnungen rechtmäßig. Lediglich notwendige Maßnahmen der unmittelbaren Besatzungssicherung kann der besetzende Staat als im Besatzungszweck liegend auch ohne ausdrückliche Gestattung treffen. Im übrigen spricht die Vermutung der allseitigen Zuständigkeit weiter für die einheimischen Organe des besetzten Landes.

124) Dazu: Strupp, Das internationale Landkriegsrecht, 1914 S. 94 ff.; Liszt-Fleischmann S. 489; Strupp, Grundzüge des positiven Völkerrechts, 1932, S. 298; Oppenheim, International Law 1912, Bd. 2/329 ff.; Meurer, Die völkerrechtl. Stellung der vom Feinde besetzten Gebiete, AöR Bd. 33 (1915) S. 353; Heyland S. 3 ff.; Laband, Festgabe f. Otto Mayer, S. 3 ff.; Grewe S. 106 ff.

125) Laband a. a. O. S. 3 ff.

126) Heyland S. 11.

127) Das sogenannte Postliminium, Heyland S. 12 und oben Fußnote 29.

128) Dazu Heyland S. 37—65.

129) Z. B. Ansprüche auf Kontributionen, Verpflichtung zum Abrüsten oder zur Unterlassung neuer Angriffshandlungen.

Da eine solche friedliche Besetzung meist Ansprüche des besetzenden Staates oder sonstige Rechte auf ein bestimmtes Verhalten des besetzten Staates<sup>129</sup> sichern soll, spricht man auch von vertraglicher Sicherungsbesetzung. Die inneren Belange des besetzten Gebietes werden bei dieser Okkupationsform noch weniger berührt als bei der kriegerischen Besetzung. Ein Beispiel für eine *occupatio pacifica* bildet die Rheinlandbesetzung auf Grund Art. 428 des Versailler Vertrages, die mit dem 1. 10. 1920 im Verhältnis Belgiens, Großbritanniens und Frankreichs zu Deutschland in eine friedliche Besetzung überleitete. Die begrenzten Befugnisse der Okkupationsmächte zeigten sich darin, daß die drei Erscheinungsformen der deutschen Staatstätigkeit grundsätzlich besatzungsfrei waren. So gab es keine eigentliche Besetzungsgesetzgebung: Die Internationale Rheinlandkommission konnte nur ein Verordnungsrecht für sich in Anspruch nehmen, die erlassenen Verordnungen hatten die Rechtsnatur von Verwaltungsakten. Die deutschen Richter waren berechtigt und verpflichtet, diese auf Vereinbarkeit mit dem sie allein bindenden Gesetz, dem Rheinlandabkommen, zu prüfen<sup>130</sup>.

Somit ist die *occupatio pacifica* kein einheitliches Rechtsinstitut. Unter dieser Umschreibung sind eine denkbar vielgestaltige Anzahl von Fällen zusammengefaßt. Sie umschließt alle nicht anläßlich eines Krieges erfolgenden Besetzungen, die vorübergehenden Charakter tragen<sup>131</sup>.

#### cc) Die gemischte Besetzung<sup>132</sup>.

Mit der kriegerischen Besetzung hat sie gemeinsam, daß der Kriegszustand noch andauert, nur sind die Kriegshandlungen selbst schon auf Grund eines Waffenstillstandsvertrages eingestellt. Auf diesen gründen sich die dem Okkupanten eingeräumten Befugnisse, er umschreibt als Rechtstitel Inhalt und Grenzen der Okkupationsrechte. In dieser Beziehung ist deshalb die gemischte Besetzung, die auch Besetzung kraft Waffenstillstandsvertrages genannt wird, der friedlichen Besetzung vergleichbar. Zwischen den beiden anderen Formen stehend löst sie die kriegerische Besetzung nach dem Waffenstillstandsvertrag ab und dauert in der Regel bis zum Zeitpunkt des Friedensvertrages. Sie soll eine Gewähr dafür schaffen, daß der besetzte Staat die Feindseligkeiten nicht wieder aufnimmt. Die Rheinlandbesetzung in ihrer ersten Phase seit 1918 war eine Besetzung dieses Typs.

Infolge der Mischnatur der Waffenstillstandsbesetzung ist im einzelnen streitig, welche Regeln Anwendung finden sollen<sup>133</sup>. Die Auslegung des Waffenstillstandsvertrages muß in erster Linie über die Befugnisse des Okkupanten Aufschluß geben. Zweifelsfälle brauchen bei dieser vergleichenden Übersicht nicht erörtert zu werden, da jedenfalls der besetzenden Macht keine weitergehenden Befugnisse zustehen, als sie bei einer kriegerischen Besetzung beanspruchen könnte<sup>134</sup>.

Der Überblick ergibt somit, daß bei den in der völkerrechtlichen Dogmatik unterschiedenen Besetzungsformen zur gegenseitigen Abgrenzung drei Kriterien herangezogen werden:

- Die Art der Herrschaftserlangung, der Besetzungsvorgang,
- Umfang und Intensität der Herrschaftsausübung,
- die Begrenzungsnormen dieser Herrschaft.

Die friedliche sowie die gemischte Besetzung lassen sich zur Klärung des Rechtscharakters der Besetzung Deutschlands in der Übergangszeit kaum heranziehen, da sie offensichtlich wenig Vergleichspunkte bieten<sup>135</sup>. Den besetzenden Mächten

130) Heyland S. 121 — 124.

131) Mosler, „Wirtschaftskonzessionen . . .“ S. 212, 213.

132) Dazu Heyland S. 66 ff.

133) Wegen der Zwitterstellung dieser Besetzungsform lehnt Stödter (S. 130) den Begriff überhaupt ab.

134) Heyland S. 67.

135) Nur für Vergleichung mit einer gemischten Besetzung traten einige Autoren ein: Sauser-Hall S. 30; v. Turegg in JR 49/336; auch Schlochauer nahm an, die Besetzung Deutschlands komme der Mischbesetzung am nächsten (Arch. d. VR., 1. Bd. 1948/49 S. 203).

standen keine deutschen Organe als Vertragspartner gegenüber<sup>136</sup>. Näher liegt ein Vergleich mit der kriegerischen Besetzung. Die Okkupation deutschen Gebiets hat sich äußerlich aus der gleichen Ausgangslage entwickelt wie die *occupatio bellica* früherer Zeiten, nämlich aus einem gewaltsamen Zugriff auf das Gebiet im Zuge kriegerischer Handlungen. Andererseits sollte die Besetzung Deutschlands nicht nur militärische Ziele durchsetzen, sie führte weiter zur Inbesitznahme des ganzen Staatsgebiets und ließ mit dem ersatzlosen Wegfall der einheimischen Regierung eine Fortführung oder Wiederaufnahme der Feindseligkeiten unmöglich erscheinen. Das Schicksal des besetzten Gebiets blieb während der Okkupation nicht in einer ungewissen Schwebe, sondern war in festumrissenen, proklamierten Zielen bei Beginn der Besetzung vorausbestimmt.

Die völkerrechtlichen Grundsätze der kriegerischen Besetzung haben ihren Niederschlag gefunden in der HLKO von 1899 und 1907<sup>137</sup>. Aus dem Meinungsstreit über die Anwendbarkeit der Haager Landkriegsordnung auf die Besetzung Deutschlands ergibt sich deshalb am ehesten, wo die Unterschiede zur klassischen Okkupation liegen.

#### b) Zur Anwendbarkeit der Haager Landkriegsordnung.

Der III. Abschnitt der HLKO enthält unter der Überschrift „Militärische Gewalt auf besetztem feindlichem Gebiet“ Normen für das aus der *occupatio bellica* erwachsene Besatzungsverhältnis. Diese Bestimmungen behandeln sowohl die Individualrechte der Bevölkerung als auch Eingriffe in öffentliche Einrichtungen und Verfassungsstruktur des besetzten Landes. Die Anwendbarkeit der HLKO kann ohne Rücksicht auf die Allbeteiligungsklausel<sup>138</sup> geprüft werden, da die dem Vertragswerk zu Grunde liegenden Rechtsregeln zur Zeit der Kodifizierung Ausdruck völkerrechtlichen Gewohnheitsrechts waren oder zumindest in der Folgezeit wurden.

Wenn der Einfluß des Besatzungsrechts auf das deutsche Staatsrecht erörtert wird, ist in erster Linie an Art. 43 HLKO zu denken, der dem Okkupanten die Pflicht möglichstster Beachtung der Landesgesetze auferlegt. Als Kernstück des dritten Abschnitts der HLKO weist Art. 43 einer Besatzungsmacht ein provisorisches, transitorisches und konservierendes Wirken zu, das mit den von den Alliierten verkündeten Kriegs- und Besetzungszielen, mit den von ihnen beanspruchten Befugnissen und mit den in Vollzug gesetzten Besatzungsmaßnahmen keinen Vergleich mehr zuläßt. Die „endgültige Umgestaltung des deutschen politischen Lebens auf demokratischer Grundlage“ wurde im Potsdamer Abkommen als Ziel proklamiert und während des Besatzungsregimes in Angriff genommen. Dabei wurden auch gewisse Grund- und Freiheitsrechte der Bevölkerung nicht als Schranken des Wirkens anerkannt<sup>139</sup>. Es steht fest, daß die Besatzungsmächte sich für die dem eigentlichen Besatzungsvorgang folgende Phase des politischen Neuaufbaus im okkupierten Gebiet an wesentliche Bestimmungen der HLKO nicht hielten und auch nicht halten wollten<sup>140</sup>. Die dafür gegebene Begründung geht in mehrere Richtungen:

1. Der Gedanke der Repressalie: Deutschland als Angreiferstaat könne sich auf die HLKO nicht berufen, weil es selbst diese verletzt habe<sup>141</sup>.
2. Die Tatsache der totalen Niederwerfung: Nach Unterwerfung Deutschlands

136) Die Kapitulation vom 8. 5. 45 war rein einseitige völkerrechtliche Erklärung: Klein S. 18; Zinn in NJW 47/9.

137) RGBI I 1910/132 ff.

138) Art. 2 des Grundvertrages; dazu Laun S. 7, Handbuch § 5 S. 6.

139) Vgl. oben unter I 3.

140) Urteil im Nürnberger Juristenprozeß u. Bespr. bei Haensel in DRZ 48/40; brit. Erklärung vom 16. 9. 46, Jahrb. f. int. Recht, I (1946) S. 188; brit. Berufungsgericht Berlin, Urteil v. 14. 6. 47, Nds. Rechtspfl. 47/115; Urteil des höchsten Brit. Besatzungsgerichts (Supreme Court, Herford) vom 31. 12. 49 in NJW 51/126.

141) So der Hauptankläger beim IMT Nürnberg, ebenso General Clay (zitiert bei Stödter S. 108).

durch militärische Eroberung und Kapitulation seien die Besatzungsorgane durch Wegfall der deutschen Regierung einzige und höchste Regierungsorgane.

3. Die neuartige Zielsetzung der Besatzung: Die Militärregierung in Deutschland sei ihrer Art nach ohne Vorgang und habe ideologische und vorbeugende Ziele, die trotz erstmaliger Anwendung mit den Prinzipien des internationalen Rechts übereinstimmen.

Die beiden ersten Begründungen können ein Abweichen von der HLKO nicht rechtfertigen. Der in dem Vertragswerk zum Ausdruck kommende Anspruch auf völkerrechtlichen Mindestschutz kann weder durch Verstöße verwirkt noch kann auf ihn wirksam verzichtet werden<sup>142</sup>. Er ist von der staatlichen Organisation des besetzten Gebietes unabhängig. Auch ein größeres Ausmaß der Niederlage müßte ein berechtigtes Schutzbedürfnis des besetzten Landes eher vergrößern statt vermindern. Dagegen ist die Begründung aus Besatzungszielen, die als zwangsläufige Folgeerscheinung einer neuartigen Besatzungslage aufgefaßt werden, ein Argument, das noch im einzelnen erörtert werden muß. Uneinheitlich und scheinbar verwirrend wirkten dabei diejenigen Äußerungen der Besatzungsmächte, die sich auf einzelne Bestimmungen der HLKO beriefen<sup>143</sup>.

Im Schrifttum, besonders innerhalb Deutschlands, wurden zur unveränderten Geltung der HLKO für die Zeit nach 1945 die verschiedensten Meinungen vertreten. Nicht wenige Autoren glaubten, das Besatzungsverhältnis trotz erkannter und zugestandener Abweichungen weiterhin unter die *occupatio bellica* und damit in die HLKO einordnen zu können. Aus Nichtbeachtung einzelner Regeln dürfe nicht auf Nichtgeltung geschlossen werden. Die HLKO sei eine Art Grundgesetz für das besetzte deutsche Gebiet<sup>144</sup>. Sie gebe den Maßstab ab für die Legalität aller Besatzungserscheinungen.

Vielfach wurden die humanitären Normen des Vertragswerks ganz in den Vordergrund gestellt und die volle oder doch überwiegende Geltung der HLKO für Deutschland daraus abgeleitet, daß diese Schutznormen zweifellos noch maßgebend sein müßten<sup>145</sup>. Daraus wurde abgeleitet, auch wenn sich die Besatzungsmächte zum Interventionsverbot des Art. 43 HLKO in Gegensatz stellten, blieben deren sonstige Grundsätze für zahlreiche Rechtsbeziehungen anwendbar. Eine einschränkende Anwendung ergebe sich daraus, daß gewisse, Kriegshandlungen voraussetzende Bestimmungen gegenstandslos geworden seien und das Gebot der Beachtung der Landesgesetze bei einer Besetzung nicht gelten könne, deren wesentlicher Zweck die Intervention sei<sup>146</sup>. Die von der Besatzungsmacht vertretene Nichtgeltung des III. Abschnitts des Haager Vertragswerks schließe nicht aus, daß sich ge-

142) Grewe S. 17, 111, 112; Zinn in NJW 47/10; OLG Hamburg in BB 51/29.

143) So zur Definition des Beuteguts und in Requisitionsvordrucken (Lohs in DRZ 48/198; Geiler, Die völkerrechtl. Lage Deutschlands, S. 2), ebenso in Kriegsverbrecherprozessen (Laun in MDR 47/247; Nürnberger Urteil, deutsche Ausgabe Bd. I/93; ibidem Bd. I/283 für Schutzrechte der Bevölkerung — wenigstens insoweit kann die Besatzungspraxis für die davon verschiedene Frage reformatorischer Einwirkung auf die staatliche Struktur des besetzten Gebiets nicht als inkonsequent angesehen werden). Aber auch zu Art. 43 HLKO (bei Erörterung des Fortbestehens des Deutschen Reiches, CORA Entsch. Nr. 60 Ur. v. 25. 1. 51 in NJW (RzW) 51/106, dazu Arndt in JZ 51/346).

144) Laun S. 19, 26, 32, 53 u. unter Andeutung des abweich. Besatzungsstandpunktes S. 56; Klein S. 35; Stödter S. 121 ff., 179 Anm. 213, 232 ff.; Schlochauer in DRZ 47/119; Ernst Sauer S. 139, 140; v. d. Decken mit der Einschränkung, daß das staatsrechtl. Vakuum zusätzliche Besatzungsfunktionen zuschreibe; für grundsätzl. Geltung, wenigstens der überwiegenden Vorschriften, Grewe S. 118; aus konservativer Grundhaltung zustimmend Schwarzenberger S. 101, trotz seines Zweifels, ob der HLKO mehr als eine nur noch historische Bedeutung zukomme.

145) So sieht Mosler (Wirtschaftskonzessionen . . ., S. 192) die Eigentumsgarantie als das Kernstück des III. Abschn. der HLKO an, räumt aber als Mitverfasser eines Gutachtens zur Essener Demontage des Instituts f. int. Recht u. Politik an der Universität Bonn (Friesenhahn, Mosler, Thoma) mögliche Abweichungen von der *occ. bellica* gemäß dem Besatzungszweck ein (Gutachten zitiert bei Seuffert S. 55 Anm. 3).

146) Handbuch § 5 S. 6 und § 6 S. 9.

wisse in ihr enthaltene Grundsätze (z. B. Art. 46, 50, 52, 56) als elementare Regeln jeder Besetzung von selbst verstanden<sup>147</sup>.

Später ließ der Bundesgerichtshof in zwei Entscheidungen<sup>148</sup> die Frage ausdrücklich offen, ob der HLKO für das Besetzungsverhältnis in der Zeit nach der Kapitulation – im Unterschied zu der Zeit vorher – noch eine grundlegende Bedeutung zukommen könne. Dagegen gab das Bundesverfassungsgericht im „Beamtenurteil“<sup>149</sup> im Zusammenhang der Urteilsgründe mit einer vorher von keinem deutschen Gericht ausgesprochenen Deutlichkeit seine Auffassung zu erkennen, daß Zusammenbruch und Besetzung des Jahres 1945 als eine Staatskatastrophe ohne geschichtliches Beispiel nicht mit herkömmlichen Maßstäben zu messen seien.

Auch im Schrifttum vertraten verschiedene Stimmen schon früh die Meinung, die gegenwärtige Besetzung habe den Rahmen der Haager Regeln völlig gesprengt. Diese könnten nur als Kodifikation des Völkergewohnheitsrechts ihrer Zeit gelten. Die heutige Okkupation gehe über eine militärische Sicherungsbesetzung weit hinaus und werde von den vorwiegend politischen Zielen getragen, das gestürzte Regime bis in seine psychologischen Wurzeln zu vernichten und von außen her die Voraussetzungen für einen demokratischen Staatsaufbau zu schaffen. Soweit humanitäre und demokratische Ziele der Besatzungsmächte mit einzelnen Normen der HLKO übereinstimmen, seien diese Normen im Rahmen des einzigartigen Besatzungszwecks ebenso wie die Rechtfertigung der Besatzungsziele aus dem Völkerrecht in seiner heutigen, fortgebildeten Gestalt zu entnehmen und nicht als Restbestand der historisch gewordenen HLKO anwendbar. Es entspreche mehr dem Geist des Völkerrechts als eines lebenden Rechts, in der Besetzung Deutschlands den Ausgangspunkt einer neuen Entwicklung zu sehen, statt die Haager Regeln so zu dehnen, daß sie das alliierte Vorgehen decken könnten<sup>150</sup>. In Anlehnung an Kelsen leitete Cohn<sup>151</sup> das Ergebnis der Nichtgeltung aus dem formalen Grunde her, daß die HLKO eine fortbestehende Regierung des besetzten Landes mit gewissen Mitwirkungsbefugnissen voraussetze, während eine Reihe anderer deutscher Autoren<sup>152</sup> ähnlich wie Virally die Geltung des Haager Vertragswerks für die staats- und verfassungsrechtliche Umwälzung in Deutschland von der Analyse der revolutionären Rolle der Besatzungsmächte her verneinten, die ihre Erklärung und Rechtfertigung nur in einer politischen Intervention finden könne.

#### IV. Die Besetzung neuen Stils.

##### 1. Wie ist das Besatzungsregime zu rechtfertigen?

Die meisten Beurteiler sind sich also trotz gegensätzlicher Standpunkte darin einig, daß die HLKO als geschlossene Kodifikation, so wie sie aus den Verhältnissen ihrer Entstehungszeit gedacht war, nicht mehr die Grundlage des Besatzungsregimes abgeben konnte. Sobald das Kernstück des Art. 43 fallen gelassen wurde, waren die Interpretationsversuche aus einzelnen anderen Artikeln des Übereinkom-

147) Kaufmann S. 17; Mosler, Wirtschaftskonzessionen . . . , S. 217 unter Hinweis auf IMT Bd. 1/283 ff.; Grewe S. 150; Schlochauer, Zur Frage eines Besatzungsstatuts f. Deutschland, ArchfVR 1948 S. 203; Bürgerrechte u. Besatzungsmacht, S. XI; Haensel S. 21.

148) Urteile v. 10. 11. 51 (JZ 52/344) und 13. 2. 52 (BGHZ 5/124) ähnlich schon OGHZ 1/272 (275). In anderem Zusammenhang erklärte aber auch der BGH deutlich die Lage Deutschlands 1945 als außerordentl. Situation, indem er die Nichtanwendung des nicht förmlich aufgehob. NS-Rechts in bestimmtem Umfang für gerechtfertigt erklärte (BGHZ 1/375).

149) BVerfGE Bd. 3/58 ff.

150) Mann in SJZ 47/471; Geiler, Die völkerrechtl. Lage Deutschlands, S. 18; Virally S. 17; auch Uhler, Der völkerrechtl. Schutz der Bevölkerung eines besetzten Gebietes gegen Maßnahmen einer Okkupationsmacht, unter bes. Berücksichtigung der Genfer Zivilkonvention v. 12. 8. 49 (Zürich 1950), der bei Darstellung des fortentwickelten Rechts der occ. bellica die Ereignisse in Deutschland nach 1945 bewußt außer Betracht läßt und die Besetzung als eine „völkerrechtl. Neuland erschließ. Rechtsschöpfung“ kennzeichnet (S. XIX).

151) In MDR 47/180.

152) Zinn, Unconditional Surrender, in NJW 47/9; Arndt, Internationales Staatsrecht, in SJZ 47/217, weiter in „Die Wandlung“ 1947 S. 6 und „The Annals . . .“ Vol. 260 S. 1 ff.; Seuffert S. 68.

mens nicht mehr überzeugend. Aus der deutschen Ohnmacht während der Übergangszeit, aus der allgegenwärtigen Besatzungsverwaltung und dem Fehlen eines echten Mitspracherechts deutscher Organe erklärte sich das deutsche Bestreben, an bestimmte humanitäre Grundrechte zu appellieren, diese in den Vordergrund zu stellen und sich auf diese Weise ein Minimum an Gehör zu verschaffen. In der Rechtsnot der Besatzungsanforderungen erschienen vielen die Normen der HLKO als letzte Verbindung zu einer gesicherten Rechtsauffassung, als vermeintlicher Rettungsanker, den man auf keinen Fall preisgeben wollte. Die die HLKO befürwortenden Stimmen können so bei historischem Rückblick auf die erste Besetzungszeit als situationsbedingte Äußerungen erscheinen, die in der schärferen Sicht eines zeitlichen Abstandes an Gewicht verlieren. Die damals mitspielende unausgesprochene Befürchtung, die proklamierten Besatzungsziele könnten sich als unaufrichtige Verhüllung eines wirtschaftlichen Konkurrenzkampfes und einer protektorsähnlichen politischen Niederhaltung herausstellen, erwies sich im Laufe einer planmäßigen Entwicklung verminderter Besatzungsbefugnisse als unbegründet. Damit ist heute den Hauptargumenten einer juristisch begründeten Ablehnung der hervorragendsten, von der HLKO abweichenden Besatzungsziele der Boden entzogen. Nur um einen Mindestbestand von humanitären Schutzrechten des Individuums nachzuweisen, braucht nicht bis auf die HLKO zurückgegangen zu werden, da diese auch im neueren Völkerrecht zum festen Bestand erklärt worden sind <sup>153</sup>.

Die von allen bisherigen Besetzungsformen für einen Vergleich am nächsten liegende *occupatio bellica* ist keine überzeugende Grundlage für das Wirken der Besatzungsmächte in Deutschland. Die für Besatzungseingriffe zu ermittelnde rechtliche Grundlage darf nicht in den wichtigsten Fragen durch Ausnahmen durchlöchert sein, sie muß das Besatzungsregime als Gesamtheit rechtfertigen können und dabei sich doch auf Prinzipien des Völkerrechts zurückführen lassen <sup>154</sup>.

Das Eingreifen der Besatzungsmächte, wie es sich aus dem hier im 1. Hauptteil versuchten Überblick ergibt, hat interventionistischen Charakter. Es erschöpft sich nicht in stellvertretender, provisorischer Vorsorge, sondern ist „entschieden aktiv und auf bestimmte Ziele ausgerichtet“ <sup>155</sup>. Als Erscheinung im Völkerrecht wird die Intervention definiert als das Eingreifen mit bewaffneter Macht in die inneren oder äußeren Angelegenheiten eines anderen Staates, insbesondere in seine Verfassungsstruktur <sup>156</sup>. Im klassischen Völkerrecht wurde sie unter dem Dogma einer unbegrenzten nationalstaatlichen Souveränität in der Regel als nicht erlaubt angesehen. Für die Besetzung Deutschlands wird die Intervention als zugrundeliegender Tatbestand kaum mehr bestritten. Nur wenn für diese Erscheinung zielbewußten reformatorischen Eingreifens von außen eine rechtliche Herleitung gegeben werden soll, gehen die Meinungen auseinander. Man kann auch nicht dabei stehen bleiben, den über die HLKO hinausreichenden interventionistischen Charakter der Besatzungsherrschaft zuzugestehen und dabei Zulässigkeit und etwaige Rechtsgrundlagen einer solchen Intervention dahingestellt sein zu lassen <sup>157</sup>.

Weiter trägt die Zulässigkeit der Annexion <sup>158</sup> die Intervention nicht, da bei Gegenüberstellung der beiden verschiedenartigen Erscheinungen nicht *a maiore ad minus* geschlossen werden kann <sup>159</sup>. Ebenso lassen sich die Befugnisse der Be-

153) UN-Deklaration der Menschenrechte; Genfer Zivilkonvention vom 12. 8. 1949.

154) Handbuch § 6 S. 1.

155) Virally S. 45, 46.

156) Liszt-Fleischmann, S. 141; Grewe S. 126; zusammenfassende Nachweise bei Mosler, Die Intervention im Völkerrecht S. 9.

157) So Handbuch § 6 S. 1 ff.; Grewe S. 133, 134.

158) So aber Steiniger in NJ 47/148; die Annexion wird mit Recht als Erwerbstitel im neueren Völkerrecht angezweifelt; vgl. Grewe S. 51 u. den Bericht über die Tagung der deutschen Gesellschaft f. Völkerrecht, 1950 (DRZ 50/251).

159) Seuffert S. 56.

satzungsmächte nicht aus der bedingungslosen Kapitulation Deutschlands<sup>160</sup> herleiten, die keine politische Willenserklärung enthielt<sup>161</sup>.

Auch das im Ausland oft verwendete Argument des ersatzlosen Wegfalls der deutschen Regierung konnte Besatzungsbefugnisse des beanspruchten Umfangs nicht rechtfertigen. Es ist kein Grund ersichtlich, warum die besetzende Macht allein durch Beseitigung der Regierung ihre Rechte sollte erweitern können<sup>162</sup>. Bei Außerachtlassung reformatorischer Ziele hätte das staatsrechtliche Vakuum auf einem kürzeren Wege überwunden werden können. Dagegen mußte es unrichtig erscheinen, in Deutschland den Wegfall der deutschen Regierung unter dem Blickwinkel eines „venire contra factum proprium“ der Besatzungsmächte zu sehen<sup>163</sup>. Es wäre eine Verkenntung der historischen Ursachen, die besetzenden Mächte für den Zusammenbruch des Totalitarismus in Deutschland verantwortlich zu machen, der sich den Weg seines Untergangs durch eigene Maßlosigkeit vorgezeichnet hatte. Die deutsche Regierung hatte ihre internationale Anerkennung schon verloren<sup>164</sup>, als die alliierten Mächte den letzten äußeren Anstoß zum Zusammenbruch gaben.

Weiter würde die Annahme eines Vergeltungsrechts<sup>165</sup> sich mit dem grundsätzlichen Verbot der Kollektivstrafe in Widerspruch setzen, das als elementarer Grundsatz über den Rahmen der HLKO (Art. 50) hinaus gilt. Die Gerechtigkeit verpflichtet den Sieger auch dem ungerechten Feind gegenüber, wenn nicht ein Kreislauf des Unrechts entstehen soll<sup>166</sup>.

Auch konnte es die rechtliche Durchdringung von Besatzungserscheinungen nicht wesentlich fördern, die Besetzung als eine „occupatio sui generis“ zu kennzeichnen<sup>167</sup>, ebensowenig wie sie als Treuhandverhältnis aufzufassen<sup>168</sup>, solange ein anerkanntes Rechtsinstitut einer zugleich „eigennützigen“ Treuhand im Völkerrecht nicht nachweisbar ist.

## 2. Die Interventionsbesetzung.

Wenn die Besatzungsbestrebungen in ihren hervorragendsten Zielen sich als eine tatsächliche Intervention darstellen, erscheint es auch folgerichtig, die rechtliche Herleitung des Besatzungsregimes in dieser Richtung zu suchen. Mit der vollendeten Besetzung deutschen Gebietes hatte die besatzungsrechtliche Einflußnahme nicht die hauptsächlichen Ziele erreicht und ihren Höhepunkt überschritten – so hätte es der klassischen occupatio bellica entsprochen – sondern erst die Ausgangsposition für ein planmäßiges umgestaltendes Wirken eingenommen.

Ob eine Intervention überhaupt jemals für zulässig gehalten werden kann, hängt davon ab, wieweit man das Prinzip der einzelstaatlichen Souveränität durch Interessen der Völkerrechtsgemeinschaft als beschränkt ansieht<sup>169</sup>. Als – allerdings in Einzelheiten sehr umstrittene – humanitäre Intervention wurde schon seit der Frühzeit des Völkerrechts ein ausnahmsweises Eingreifen in die Verhältnisse eines fremden Staates dann zugelassen, wenn dieser gleichsam das Unrecht zum Gesetz

160) So Kelsen, AmJiLaw, 1945/518 ff., auch Guggenheim Bd. II S. 933 nimmt eine Änderung des militärischen Okkupationsrechts auf Grund d. vollkommenen Unterwerfung an.

161) Stödter S. 35; Mann S. 471; Klein S. 19.

162) Dazu insbesondere Mann S. 471.

163) So Laun S. 65.

164) Dazu Zinn in SJZ 47/4 ff.

165) Virally S. 23, dagegen mit überzeugenden Gründen Laun S. 51 und 60.

166) Herbert Kraus, Von ehrlicher Kriegführung und gerechtem Friedensschluß, Vorwort; Grewe S. 181; Schwarzenberger S. 102.

167) Sauser-Hall S. 36; Guggenheim II/933; Kaufmann S. 18.

168) So Sauser-Hall; Dölle in Jahrb. f. int. aöR. II/III S. 369; CORA in NJW (RzW) 1951/106; weiter die bei Grewe S. 88 Genannten; entsprechende Ausführungen für die deutsche Besetzung Polens in OGHZ Bd. 2/1 ff.; der zu unbestimmte Treuhandgedanke, aus dem die verschiedensten Folgerungen für die Besetzung Deutschlands gezogen worden sind (vgl. Grewe S. 88), kann höchstens eine Hilferwägung zur Klärung von Besatzungserscheinungen abgeben. Ablehnend überhaupt Jaenicke S. 13, weil eine Doppelfunktion der Besetzung verneinend.

169) Mosler, Die Intervention im Völkerrecht, S. 8.

erhob<sup>170</sup> und sich mit Grundforderungen der Humanität in schwerwiegenden Fällen in Widerspruch setzte. So etwa sind die türkischen Christenverfolgungen in Armenien im 19. und 20. Jahrhundert ein in der Völkerrechtsliteratur häufig zitiertes Beispiel.

Aber über solche konkreten Einzelanlässe gravierenden Unrechts hinaus gab es für eine Intervention zur Einflußnahme auf die Verfassungsstruktur eines anderen Landes in der Vergangenheit keine befürwortenden Stimmen<sup>171</sup>. Ebenso fehlt es an vergleichbaren Präzedenzfällen<sup>172</sup>. Die bei Stödter angeführten Beispiele<sup>173</sup> lassen keinen Vergleich zu, weder im Sinne einer von Stödter befürworteten Unterstellung der Besetzung Deutschlands unter die Normen der *occupatio bellica*, noch in dem gegenteiligen Sinne, daß historische Vorgänge in anderen Ländern Vorbilder einer sich neu entwickelnden interventionistischen Besatzungsform sein könnten. So war der amerikanische Sezessionskrieg 1861–65 ein bürgerkriegsähnlicher Konflikt innerhalb einer Nation. Auch das seinerzeit vielerörterte Wirken von Lord Milner in Südafrika nach dem Burenkrieg 1902 bietet trotz der Parallelen eines organisatorischen tatkräftigen Aufbaues und vollkommenen Umbaus keinen Vergleichsfall, weil der Gouverneur von Transvaal sein Werk auf dem Boden einer klaren Annexion errichtete<sup>174 175</sup>.

Während die Bedeutung der *occupatio bellica* sich in der interimistischen Inbesitznahme des feindlichen Gebiets erschöpft, liegt das Schwergewicht der neuartigen Besetzung in der Phase, die auf die Niederkämpfung der gegnerischen Wehrmacht folgte. Als kriegerische Besetzung kann höchstens das Anfangsstadium bis zum 8. 5. 1945 angesehen werden. Der von Stödter vorgeschlagene Weg ist nicht gangbar, die Besetzung Deutschlands als eine besondere Form der militärischen Okkupation mit gewandelter und erweiterter Zielsetzung anzusehen. Es ist für ihre Qualifizierung nicht einmal ausschlaggebend, daß sie sich wie die *occupatio bellica* aus einem Krieg entwickelt hat.

Die Besetzung ist vielmehr ein erstmaliger Anwendungsfall einer gemeinsamen Intervention der Völkergemeinschaft mit politischer Zielsetzung, die neben dem Eigeninteresse der Gefahrenabwehr auch dem besetzten Land selbst Hilfestellung leisten will. Es überschneiden sich gleichsam zwei Tatbestände, die bisher nur getrennter Betrachtung in verschiedenen Bereichen zugänglich waren und keinen gemeinsamen Beziehungspunkt hatten: Okkupation und Revolution.

Die Okkupation ist ein Eingriff im Zuge kriegerischer Aktionen von außen her, nach Dauer und Zielen zeitlich wie sachlich eng beschränkt, deren Träger eine landfremde Militärgewalt ist. Dagegen handelt es sich bei einer Revolution um eine von innen her kommende Umwälzung, getragen vom spontanen Willen der Landeseinwohner, die keine Provisorien schafft, sondern unter Ablösung alter Formen eine neue staatsrechtliche Ordnung zu verwirklichen trachtet, auch hier notfalls mit Mitteln der Gewalt.

Das Erscheinen einer hemmungslosen totalitären Macht im Kreise der Staatsformen hat diese herkömmlichen Einteilungsmaßstäbe und Begriffsbilder verschoben. Bislang schien für eine „Revolution von außen“ kein Anlaß, ja sie erschien begrifflich unmöglich, weil mit der Achtung der freien Selbstbestimmung unvereinbar. Jede Staatsgewalt galt als durch den Willen der Landeseinwohner legitimiert, ein

170) Vitoria (De Indis, de tit. Leg. 15); Grotius (De iure belli ac pacis, liber II, Kap. XXV § 8).

171) Mosler, Die Intervention im Völkerrecht, S. 51 mit Nachweisen.

172) In eingehender historischer Vergleichung weist Grewe nach, daß der totalitäre Staat in Deutschland ein ganz neuartiges Phänomen war (Macht und Recht im Völkerleben, Zeitschr. f. d. ges. StaaWiss. Bd. 105 (1949) S. 201 ff. (213)).

173) Deutschlands Rechtslage, S. 228 ff.

174) Vgl. Encyclopaedia Britannica, 1946, Vol. 22, Stichwort „Transvaal“: „From Annexation to Union“.

175) Für weitere Fälle (Kuba, russ.-türkischer Krieg) gegen Stödter auch: Handbuch § 6 S. 2 mit dem Hinweis, daß Vorgänge „außerhalb des europäischen Verfassungsstandards“ außer Betracht bleiben müßten.

Eingreifen von außen war völkerrechtswidrig<sup>176</sup>. Das Bild mußte sich ändern unter der neuartigen Herrschaft eines totalitären Regimes. Sein Bemühen war gerade darauf gerichtet, unter Mißachtung des Rechts das individuelle Streben nach freier Willensäußerung fortschreitend zu immunisieren und schließlich alle Willensregungen des Einzelnen mit den jeweiligen Zielen der Staatsführung gleichzuschalten. Wo schließlich dieser durchdachte Einwirkungsprozeß nichts fruchtete, war durch ein vorsorgliches Netz rigoroser Verbotsnormen (Verbot der Bildung von Parteien und politischen Vereinen, Zensur und Radio-Abhörverbote, Verhaftung Andersdenkender) die Gewähr geboten, daß Regungen einzelner sich nicht im Landesinneren zu wirksamem Widerstand summieren oder auch nur als Einzelstimmen nach außen dringen konnten. So machte das deutsche Staatsgefüge der Diktatur nach außen den Eindruck imponierender Geschlossenheit, der sich bis in die letzte Phase des Krieges aufrechterhalten ließ<sup>177</sup>, obwohl der Widerstand im Innern wuchs. Daß in dem anschließenden Stadium der Besetzung Bemühungen der Landeseinwohner und Zielsetzung der besetzenden Mächte sich in einem ganz neuartigen Sinne treffen mußten, ergab sich aus einer solchen Lage mit Notwendigkeit<sup>178</sup>.

Wie im totalen Kriege gibt es auch in der begrifflichen Erfassung des Totalitarismus und seiner Folgen keine festen Grenzen mehr. Die Unterscheidungsmerkmale bisheriger Erscheinungsformen versagen, wenn man sie an den neuen Tatbeständen prüft. Die neuartige Situation war gerade dadurch gekennzeichnet, daß Okkupationsmerkmale und revolutionäre Züge zusammen ihr das Gepräge gaben:

Es vereinigten sich Bestrebungen von außen und im Innern.

Die Besatzungsmacht und die Organe des besetzten Landes verband eine weitgehend übereinstimmende Zielsetzung, wenn auch in der Durchführung die Interessen oft aufeinanderprallen und Reibungsflächen zutage treten mochten.

Die nach ihrem Willen nur vorübergehend anwesende Besatzungsmacht wollte einen Dauerzustand formen helfen<sup>179</sup>.

Die staatliche Neuformung beruhte nicht allein auf fremder Militärgewalt und entbehrte nicht der einheimischen Mitwirkung.

„Außen“ und „innen“, „vorübergehender Zweck“ und „Dauerzustand“, „Militärgewalt“ und „zivile Spontaneität“ sind also keine Abgrenzungsgegensätze mehr, wo es um die Zielsetzungen des staatlichen Aufbaues und ihre Verwirklichung geht. Die unsichtbaren Fronten verlaufen quer durch einzelne Staaten und ihre Einwohnerschaft und geben dem Krieg wie dem anschließenden Besetzungsvorgang ein andersartiges Gepräge. Virally vermeidet daher den Ausdruck „Okkupation“ und spricht von „Internationaler Verwaltung“ als spezifischer Besetzungsform<sup>180</sup>, während Friedrich den Sonderfall der neuartigen demokratisierenden Militär-

176) Nach bisher gültiger Auffassung konnte das Völkerrecht keinem Staat Vorschriften für die Behandlung seiner eigenen Staatsangehörigen machen: Mosler, „Wirtschaftskonkzessionen“ . . . S. 13.

177) Das zeigte sich in der Meinung ausländischer Autoren, das ganze Volk habe das Regime rückhaltlos unterstützt, vgl. Virally S. 2 ff.

178) Die unversöhnliche erste US-Besatzungsdirektive JCS 1067/6 (vgl. Stolper S. 311 u. hier 1. Hauptteil Fußnoten 26, 110) sagte zwar (I. Teil 4 b): „Deutschland wird nicht mit dem Ziel der Befreiung besetzt werden, sondern als eine besiegte feindliche Nation.“ Aber sie wurde bald von einer verständigeren Besatzungspolitik abgelöst, die der französische Schriftsteller Cocteau bei seiner Deutschlandreise 1950 in die Worte faßte: „Wenn wir gegen bestimmte Herrschaftsformen bei Euch angekämpft haben, so waren wir dabei auch Eure Freunde, denn Ihr habt ja selbst unter diesen Herrschaftsformen gelitten.“

179) Die Grundsätze des Postliminiums haben daher nur noch für Normierungen Bedeutung, die sich auf die Anwesenheitszeit der Besatzungstruppe beschränken. Für das übrige Besatzungsrecht kann nicht der von Jaenicke (S. 18) geäußerten Ansicht gefolgt werden, die verpflichtende Kraft der Gesetze entfalle in dem Maße, wie die Besatzungsgewalt sich zurückziehe oder nicht mehr effektiv sei. Daß die Fortgeltung von Gesetzen beim Zurückziehen der Besatzung aus bestimmten Sachgebieten ausdrücklich vereinbart wird, ist dabei als Sicherung einer reformatorischen Besatzungspolitik gegen künftige grundlegende Änderungen aufzufassen (vgl. auch oben zu Fußnote 29).

180) Die Internationale Verwaltung Deutschlands, 1948.

regierung als Wandlung des Besetzungsvorgangs zur „konstitutionellen Diktatur“ begreift, die die herkömmlichen Mittel von Macht und Gewalt nicht mehr um ihrer selbst willen einsetzt<sup>181</sup>.

Die Kernfrage nach der Rechtfertigung des Besatzungsregimes ist also dahin zu stellen, wie sich die Erscheinung eines nach außen aggressiven und im Innern inhumanen Totalitarismus neuartiger Prägung in völkerrechtlicher Sicht darstellt. Diese Erscheinung löste im Falle Deutschlands eine Intervention mit anschließender Besetzung des Staatsgebiets aus, die ein in Fortbildung begriffenes Völkerrecht zur Grundlage hat. Wenn auch mit der Besetzung ein neuartiger Tatbestand sich erstmalig verwirklichte, so liegt er doch nicht außerhalb des Völkerrechts. Da dieses nicht auf geschriebenen Normen fußt, kann ein Wandel völkerrechtlicher Anschauung und Übung von einem grundlegenden Anwendungsfall ausgehen, der zu seiner Zeit erstmalig und einzig ist und sich in konservativer Sicht als Durchbrechung einer früheren Übung darstellt. Ein Wandel völkerrechtlicher Anschauungen ist nicht schon deshalb zu verneinen, weil es an Präzedenzfällen fehlt<sup>182</sup>. Die Besetzung mit ihren prägnanten Umwandlungszielen, die das deutsche Staatsrecht in eine neue Richtung lenkten, war in völkerrechtlichen Abkommen im voraus festgelegt. Wenngleich diese multilateralen Abkommen nicht selbst globalen Charakter trugen, fügten sie sich doch ein in die neuere Entwicklung der Kriegsverhütung und der internationalen Sicherung von Menschenrechten<sup>183</sup>. Es spricht deshalb mehr dafür, die Besetzung als das sichtbare Erscheinungsbild einer folgerichtigen Fortentwicklung des Völkerrechts statt als seine anormale Durchbrechung anzusehen.

Die politische Intervention auf völkerrechtlicher Grundlage, die sich als umformende Besetzung an eine durch die Völkergemeinschaft abgewehrte totalitäre Aggression im Lande des Friedensbrechers anschließt, zeichnet sich mit der Wandlung des Kriegsbegriffs als neue Besatzungsform ab, die sich von der *occupatio bellica* des klassischen Völkerrechts ebenso sehr unterscheidet wie diese von der Annexion. Es genügt nicht, nur die Nachbarstaaten und nur unter dem Gesichtspunkt unmittelbarer eigener Gefährdung für zum Eingreifen befugt zu halten. Auch der Gedanke der Nothilfe für die in ihrer Mehrheit zweifellos vergewaltigten Landeseinwohner kann einen auf dauernde Wirkung berechneten Eingriff nicht stützen. Denn das totalitäre Regime ließ nach seinem Abtreten tiefe Spuren zurück, die es zur besonderen Aufgabe machten, eine bis dahin latente Opposition erst in stufenweisem Aufbau zu einer staatstragenden Koalition zu stärken und heranzubilden. Uniformes Denken und Einschüchterungen eines Jahrzehnts ließen eine schlichte „Machtübergabe“ der Invasoren an die vom Zwangsregime befreite Bevölkerung undenkbar erscheinen<sup>184</sup>.

Der komplexen Sachlage wird daher eine zugespitzte publizistische Formulierung mit der scheinbaren Alternative „Eroberer oder Befreier?“ nicht gerecht. Die bei einzelnen Besetzungsfunktionen erörterte Doppelrolle ist auch der Rechtfertigung der Besetzungsherrschaft im ganzen zugrunde zu legen. Sicherungszwecke und Ziele der Hilfeleistung überschneiden sich<sup>185</sup>, hauptsächlich in der ersten Zeit. Ein mitwirkendes Eigeninteresse des intervenienten schloß schon nach früherer Auffassung die Intervention nicht aus<sup>186</sup>.

181) C. J. Friedrich in: „Military Government and Dictatorship“ und „Der Verfassungsstaat der Neuzeit“ (S. 689 ff.).

182) Mosler, „Wirtschaftskonzessionen . . .“ S. 19.

183) Vom Kellogg-Pakt bis zur Charta der Vereinten Nationen; vgl. dazu den Ausblick von Grewe in dem Vortrag „Macht und Recht im Völkerleben“, Zeitschr. f. d. ges. Staa. Wiss. Bd. 105 (1949) S. 201 (220): „Die lockere Gesellschaft souveräner Nationalstaaten beginnt, eine geschichtlich überholte Lebensform der Menschheit zu werden.“

184) Vgl. Virally S. 3; Mann in SJZ 47/472.

185) Dulles, War or Peace, New York 1950, spricht von einem Nebeneinander von militärischem und politischem Denken.

186) Mosler, Die Intervention im Völkerrecht, S. 64; für die Besetzung seit 1945: Arndt, Status and Development of Constitutional Law in Germany, S. 5.

Freilich ist eine Intervention zur Herbeiführung einer demokratischen Legitimität in sich problematisch. In der demokratischen Staatsform sollen die Glieder einer politischen Gemeinschaft an der Gestaltung der ihnen eigenen Lebensform selbstverantwortlich mitwirken. Auf die Dauer gesehen müssen sie selbst die Freiheit der Wahl und Entscheidung haben<sup>187</sup>. Aus der Gefahr, daß eine von außen her durch Lenkungsmaßnahmen vorbereitete und getragene Demokratie die kaum gelegten Grundlagen in perpetuierender Bevormundung zerstören und die Erreichung der gesteckten Ziele gänzlich unmöglich machen könnte, haben manche Autoren gefolgert, eine demokratische Lebensform sei im Stadium der Besetzung undenkbar, Demokratie und Besetzung schlossen sich gegenseitig aus<sup>188</sup>. Demgegenüber sah die Militärregierung ihr Wirken als eine zulässige und sogar notwendige Hilfestellung zur Verankerung der demokratischen Grundlagen an<sup>189</sup>.

Dieser positiven Grundhaltung, daß die Besetzung trotz ihrer notwendig exekutiven Herrschaftsformen den demokratischen Zielen nicht nur nicht im Wege stehe, sondern zu deren Durchsetzung in einer spannungsreichen Zeit des staatsrechtlichen Übergangs notwendige Helfer sein könne<sup>190</sup>, ist beizupflichten, wenn auch gewisse warnende Einschränkungen geboten sind, um die anfänglich sehr schmale Grenzscheide zu Diktatur und Protektorat deutlich werden zu lassen. Die besatzungsgelenkte Demokratie wurde von manchen Beurteilern mit Formen des Konstitutionalismus verglichen, wo auch die Herrschaft auf zwei Machtbasen ruhe und nicht dem Staatsvolk ausschließlich allein zukomme<sup>191</sup>. Die Lenkung durfte aber nur ein Durchgangsstadium sein und das Ziel nicht aus dem Auge lassen, die Lenkungsorgane in zunehmendem Maße überflüssig zu machen<sup>192</sup>. Als hemmende Kräfte für einen derartigen folgerichtigen Befugnisabbau war eine doppelte Gefahr zu erkennen: Die jedem Lenkungsapparat innewohnende Tendenz, sich zu erweitern und zu perpetuieren<sup>193</sup>, und die Versuchung der deutschen Organe, sich zu wenig von den exekutiven Vorbildern der übergeordneten Besatzungskontrolle zu lösen<sup>194</sup>.

Ein stufenweiser Übergang von anfänglicher Besatzungsmnipotenz zu wachsender demokratischer Eigeninitiative des besetzten Landes war nicht nur eine begriffliche Möglichkeit, sondern auch praktisch vollziehbar. Dies beweist das erfolgreiche Wirken gewisser Zwischenbildungen, die – als Organe mit deutschem Personal, aber zu Besatzungszwecken geschaffen – in ihrer Fortentwicklung sich mehr und mehr in das deutsche Staatsrecht einfügten, so vor allem der süddeutsche Länderrat<sup>195</sup> und der bizonale Wirtschaftsrat<sup>196</sup>. Von den im Länderrat ausgearbeiteten Gesetzen, die die Ministerpräsidenten der Länder ohne Mitwirkung ihrer Parlamente kraft Besatzungsvollmacht verkünden konnten, nahm die Rechtsprechung

187) „Demokratie ist ohne Risiko undenkbar“: so Carlo Schmid in einer Erklärung zu den Verhaftungen im Fall Naumann, „Die Neue Zeitung“ vom 29. 1. 53; vgl. auch Schätzle in DRZ 47/247.

188) Laun, HLKO S. 37; ebenso Stolper S. 234.

189) Clay S. 245; zukunftsweisend schon vor der Besetzung C. J. Friedrich, „Military Government as a Step toward Self-rule“ in Public Opinion Quarterly, 1943/527 ff.

190) Jellinek in DRZ 47/8; Grewe S. 136 u. 214 ff.; Virally S. 87; v. Mangoldt in MDR 48/438.

191) Jahrreiß in Festschrift für R. Thoma: „Demokratie – Selbstbewußtsein – Selbstgefährdung – Selbstschutz“, 1950/71 (81); C. J. Friedrich, Military Government and Dictatorship, in „The Annals . . .“ Jan. 1950 S. 1 ff. und in „Der Verfassungsstaat der Neuzeit“ S. 691 ff., der mehr in den ideologischen Zielen der Besetzung als in äußeren Herrschaftsformen die Abgrenzung zur Diktatur sieht.

192) Grewe S. 136.

193) Diesen Gedanken entwickelt an dem verwandten Problem des staatlichen Wirtschaftsdirigismus Neumark in der Zeitschr. f. d. ges. StaaWiss. Bd. 108/577 (581).

194) Loewenstein S. 1021.

195) Guradze, The Laenderrat, Landmark of German Reconstruction, in: The Western Political Quarterly, Vol. 3 (1950) Nr. 2; Clay S. 94 ff.; Lia Härtel, Der Länderrat des amerik. Besatzungsgebietes, Stuttgart 1951; Neidhard in DRZ 49/540.

196) Keine „Verwaltungsunion des Völkerrechts“ (so Hoepfner in MDR 49/197), sondern eine „staatsrechtliche Einrichtung innerhalb des Deutschen Reiches“: Klein S. 193; v. Mangoldt in MDR 48/438; weniger klar und mehr den Besetzungseinfluß betonend: v. Turegg in JR 49/336 und Henle in SJZ 49/577.

unter späterer Billigung des Bundesverfassungsgerichts an<sup>197</sup>, daß sie ursprünglich Besatzungsrecht gewesen, nach Aufhebung der US-Proklamationen Nr. 1 und 4 aber deutsches Recht geworden seien. Insbesondere die im Länderrat erstmalig geübte Praxis, Lösungen für brennende Fragen in gemeinsamer Beratung von Besatzungsorganen und deutschen Stellen vorzubereiten, zeitigte gute Ergebnisse und machte den Stuttgarter Länderrat als eine erfolgreiche Station aufgeschlossener Besatzungspolitik über Deutschland hinaus berühmt<sup>198</sup>.

Die hier entwickelte Auffassung einer neuen interventionistischen Besatzungsform wird nicht nur von den schon genannten ausländischen Autoren vertreten, sondern auch mehrere deutsche Stimmen suchten die Herleitung des Besatzungsregimes und seine Rechtfertigung in einem in Fortentwicklung begriffenen Völkerrecht, das das überkommene Dogma der Nichtintervention und die Regeln der kriegerischen Okkupation zu sprengen begann<sup>199</sup>. Die staatsrechtliche Umwälzung in Deutschland 1945 wird nicht als zufälliges und willkürliches Ereignis angesehen, sondern vorausgesetzt und anerkannt, daß es 1945 zur Aufrechterhaltung und Erneuerung eines deutschen Staatswesens einer Revolution bedurfte, die sich nach Lage der Dinge nur im Zusammenwirken einer von außen kommenden interventionistischen Macht mit der neu entstehenden demokratischen Willensbildung im Innern vollziehen konnte: Die Besetzung sei nicht erwachsen aus einem Krieg zwischen Nationalstaaten um Ländergrenzen, der mit völliger Rechtlosmachung des Besiegten enden könnte, sondern aus einem „internationalen Krieg um die Menschenrechte“, einem „Bürgerkrieg der Völkergemeinschaft“, einer erlaubten Intervention. Dabei werden die Spannungen der Besetzung erkannt als Begleiterscheinungen einer Übergangszeit, die für einen umwälzenden Tatbestand erst die ihm gemäße Form finden muß, während die Entwicklung sich allmählich vom nationalistischen Denken ablöst und auf ein „internationales Staatsrecht“ einer sich vereinheitlichenden Welt hintendiert.

Für eine Analyse des deutschen Staatsrechts der Übergangszeit verdient die Interventionstheorie vor anderen Erklärungsmöglichkeiten den Vorzug, weil sie im Prinzip die neuartigen Besatzungsziele ebenso wie die herkömmlichen Sicherungsbefugnisse auf eine geschlossene rechtliche Grundlage zurückzuführen vermag und nicht zu einer in den wichtigsten Punkten durch Ausnahmen durchbrochenen Regelung ihre Zuflucht nehmen muß, wozu die konservative Lehre genötigt ist, die trotz allem an einem früheren Okkupationsbegriff festhalten will<sup>200</sup>. Im absoluten Festhalten an positivierten Regeln, die die „Normsituation“ eines von Grund auf gewandelten Besatzungsrechts nicht mehr gerecht werden, berücksichtigt diese Lehre nicht genügend, daß die nach 1945 in Deutschland sich vollziehende Umwälzung nicht losgelöst von der politischen Wirklichkeit betrachtet werden kann, aus der sie heranreife. Das totalitäre Regime in Deutschland war so neuartig und folgenreicher, daß es nicht einfach als temporäre Unterbrechung einer im übrigen konstant gebliebenen staats- und völkerrechtlichen Entwicklung rechtlich zu definieren ist. Es geht nicht an, die umformende Besetzung zu einem Provisorium zu stempeln, das innerstaatlich von einer wieder auflebenden Weimarer Reichsverfassung abgelöst werden könnte und völkerrechtlich mit einem fortdauernden Kriegszustand im Sinne der HLKO mit allen dadurch bedingten Situationsänderungen im Verhältnis von Sieger und Besiegtem rechnen müßte<sup>201</sup>. Es hieße die Dinge in unzulässiger

197) Hess. StaGH in VerwRechtspr. 2/17; Bayr. VGH in VGHE NF Bd. 2 II/158 u. Bd. 5 II/113; BVerfGE Bd. 2/181 (200).

198) Guradze a. a. O. S. 211: „Diskutieren statt diktieren.“

199) Vor allem: Arndt, Deutschlands rechtliche Lage, in „Die Wandlung“ 1947/106–116 und in „The Annals . . .“ Vol. 260 (1948) S. 1–9; Seuffert, Die Grundlagen der heutigen Verfassung Deutschlands und das Friedensproblem, in Zeitschr. f. d. ges. StaaWiss. Bd. 105 (1949) S. 48–76; Zinn, Unconditional Surrender, in NJW 1947/9 ff.; teilweise übereinstimmend auch Geiler S. 18, der die Interventionsziele anerkennt, dabei aber eine „Suspension“ der Weimarer Verfassung annimmt.

200) Vertreten u. a. von: Stödter (insbes. S. 174), Schlochauer, Giese, Ernst Sauer, Jaenicke, im Ergebnis auch Laun.

201) Vgl. insbesondere E. Sauer S. 139/40 und Jaenicke S. 18, 19; dagegen zutreffend Seuffert S. 54 und 75.

Weise vereinfachen, wollte man die rechtliche Würdigung der Besetzung mit der Feststellung abschließen, die Besatzungsmächte hätten ihr Verhalten an der völkerrechtlichen Norm der HLKO und den staatsrechtlichen Normen der Weimarer Verfassung zu orientieren, nach Bestimmungen also, deren Nichtgeltung gerade vor der besatzungsrechtlichen Nichtbeachtung liegt und nicht umgekehrt.

Auch eine Reihe von ausländischen Autoren<sup>202</sup> hält eine Besetzung mit einem Interventionscharakter für möglich, der zugleich deren rechtliche Grundlage abgeben kann. Außer den speziell zur deutschen Besetzung schon Genannten<sup>203</sup> legt Brierly<sup>204</sup> einer Intervention ausnahmsweise rechtfertigende Kraft bei, wenn der Staat, gegen den sie sich richtet, eines internationalen Unrechts schuldig ist. In Erweiterung dieses Gedankens stellt Jessup<sup>205</sup>, ähnlich wie schon Wigmore<sup>206</sup>, das Gemeininteresse der Völkergemeinschaft an der Verhütung von Verletzungen des internationalen Rechts über das staatliche Interesse an unbedingter Souveränität, so daß bewaffnete Konflikte und Besatzungsmaßnahmen im sich fortbildenden Völkerrecht als „Kreuzzug gegen den Rechtsbrecher“ erscheinen können.

Der erstmalige Anwendungsfall einer internationalen Intervention brachte es mit sich, daß Inhalt und Grenzen von Besatzungsbefugnissen neu abgesteckt werden müssen und viele Einzelprobleme noch unsicher sind. Dies gilt für das Verhältnis von Besetzung und Bevölkerung<sup>207</sup> wie für Politik und Organisation einer Militärregierung im besetzten Gebiet<sup>208</sup>. Das Wirken einer Militärregierung ist ohnehin – auch für die frühere Zeit – bisher nicht erschöpfend ausgedeutet und in dem Versuch rechtssystematischer Klärung in einen größeren Rahmen eingeordnet worden<sup>209</sup>. Dieser Mangel mußte besonders fühlbar werden, als im Wandel der Besatzungsformen die Militärregierung mehr als ein anormaler Ausnahmezustand war und zum neuartigen Ordnungsfaktor wurde.

Wenn in Ausdeutung seines Interventionscharakters das Besatzungsregime im ganzen auf eine neue rechtfertigende Grundlage gestellt werden kann, sind damit noch nicht alle getroffenen Einzelmaßnahmen sanktioniert<sup>210</sup>. In einer Zeit des Übergangs und der Unsicherheit konnte es leicht zu Überforderungen kommen, die der Bevölkerung die Tatsache der Besetzung schmerzhaft ins Bewußtsein bringen mußten. Aber einzelne Übergriffe dürfen den Blick für die großen Linien der rechtlich fundierten Besatzungsziele nicht verdunkeln<sup>211</sup>.

202) Konservativer Auffassung noch Schwarzenberger (Einführung in das Völkerrecht), nicht aber – wie bei Jaenicke S. 10 zitiert – Guggenheim, der das Besatzungsverhältnis auf deutschem Boden als „sui generis“ ausdrücklich von der occupatio bellica ausnimmt (Lehrb. des Völkerrechts, II/933 unter Fußnote 483).

203) Virally S. 6 ff. und 25; Mann S. 471, 472.

204) The Law of Nations, deutsche Übersetzung S. 210.

205) A Modern Law of Nations, deutsche Ausgabe, 1950, S. 2, 12, 25.

206) A Guide to American International Law and Practice, New York 1943 (vgl. oben 2. Hauptteil Fußnote 188).

207) Dazu: C. J. Friedrich, Military Government and Dictatorship, „The Annals . . .“ Januar 1950 S. 1–7.

208) Dale Clark, Conflicts in Planning at Staff Headquarters, bei Friedrich, „American Experiences . . .“ und Dulles, War or Peace, 1950, S. 233 ff. schildern den Konflikt zwischen militärischem und politischem Denken, zwischen Besatzungsorganen der Armee und des Außenministeriums.

209) Dazu eindringlich: C. J. Friedrich, Der Verfassungsstaat der Neuzeit, Kap. XXVI (S. 668 ff.) u. Anmerkungen dazu (S. 802 ff.).

210) Handbuch § 6 Seite 6.

211) Autoren wie Friedrich (American Experiences . . .) u. Griffith (Denazification in the United States Zone of Germany) geben mehrfach zu, die Mil.Reg. habe mit oft ungeübtem, landesunkundigen, ja manchmal korruptem Personal ihre Aufgaben verfolgen müssen.



## Zusammenfassung

Die Besetzung Deutschlands, zeitlich ein Übergangsstadium und nach Umfang und Inhalt der Besetzungsnormen ein Novum, hatte weitreichende Einwirkungen auf das deutsche Staatsrecht und das gesamte öffentliche Leben. Dem Wirken der Besatzungsmächte lag eine Konzeption von theoretischer Geschlossenheit zugrunde, wie sie in den verkündeten Besatzungszielen zum Ausdruck kam. Nach Ablösung des Regimes eines nach außen aggressiven und im Innern inhumanen Totalitarismus sollten die tiefen Spuren dieser Zwangsherrschaft durch einen besatzungsgelenkten stufenweisen Neuaufbau und Umbau des deutschen öffentlichen Lebens ausgemerzt und die Grundlagen eines demokratischen Staatswesens gelegt werden. Diese Besatzungsziele wirkten bei ihrer Durchsetzung in einschneidender und neuartiger Weise in viele Gebiete des deutschen öffentlichen Lebens hinein. Ihre Durchsetzung konnte nicht ohne Spannungen zwischen der in den Grundlagen weiterbestehenden deutschen Rechtsordnung und der Besatzungsordnung bleiben. Dabei wirkten auch einzelne Besatzungsziele aufeinander ein: Die Durchsetzung eines zeitlich begrenzteren Ziels konnte für längere Dauer die eines anderen, auf weite Sicht angelegten erschweren oder gar unmöglich machen, wie es sich im Verhältnis von Entnazifizierung und Demokratisierung zeigte. Auch konnten durch die politische Entwicklung bedingt einzelne Einwirkungsziele eine Kursänderung erfahren, so daß die bewegliche Besatzungspolitik einer möglichststen Anpassung sich dem Vorwurf der „hectic experimentation“<sup>1</sup> ausgesetzt sah. Jedoch waren solche Schwankungen nicht stärker, als sich aus der praktischen Anpassung und Bewährung eines theoretischen Prinzips voraussehen ließ, das aus einem chaotischen Anfang mit Hilfe eines neuartigen Besatzungsregimes wieder feste Formen bilden sollte. Bei diesem Prozeß war es unvermeidlich, daß bei abändernden Eingriffen in den verschiedenen deutschen Rechtsgebieten den besetzenden Mächten die Maßstäbe des eigenen heimischen Rechts einen Anhaltspunkt für ihre reformierende Tätigkeit gaben.

Wenngleich jedes Besatzungsregime in exekutiven Herrschaftsformen wurzelt, übernahmen die okkupierenden Mächte – die deutsche Staatsgewalt überlagernd – Befugnisse in allen drei Erscheinungsformen staatlicher Gewalt. In Gesetzgebung, Exekutive und Rechtsprechung nahmen sie Funktionen an sich, teils unter Ausschließung deutscher Organe und teils in Form von Kontroll- und Aufsichtsrechten. Diese Abspaltung und Überlagerung führte, besonders in Gesetzgebung und Rechtsprechung, zu einer teilweisen, aufhebenden Suspendierung rechtsstaatlicher Formen, soweit der Besatzungsbereich in Betracht kam. Der Gegensatz beginnender Rechtsstaatlichkeit im überlassenen deutschen Bereich und deren Überlagerung durch Besatzungsrecht bezeichnet ein rechtliches Kernproblem der Übergangszeit und kennzeichnet diese als „konstitutionelle Diktatur“ einer Militärregierung<sup>2</sup>. Der Gegensatz ließ auch das Verhältnis der drei Erscheinungsformen der Staatsgewalt untereinander nicht unberührt. In der monistischen Besatzungssphäre gab es keine Gewaltenteilung legislativer, exekutiver und justizieller Organe, wie sie im deutschen Bereich formell in Funktion gesetzt war. Die Herrschaftsausübungen der Besatzung ließen sich nicht einmal in jedem Fall eindeutig in die drei Erscheinungsformen staatlicher Gewalt einordnen. Die monistische Überlagerung wirkte auf die deut-

1) Loewenstein S. 997.

2) C. J. Friedrich, Der Verfassungsstaat der Neuzeit, Kap. XXVI, „Konstitutionelle Diktatur und Militärregierung“, S. 668 ff. (694).

schen Funktionen zurück. Die Gerichtsbarkeit blieb in ihren Funktionen gehemmt, sie hatte keine Prüfungszuständigkeit gegenüber Besatzungsrecht. Andererseits blieben die deutsche Legislative und Exekutive bei zunehmender äußerer Befugnisentfaltung durch Weisungs- und Aufsichtsrechte dem Besatzungseinfluß ausgesetzt.

Es kennzeichnet die Besetzung der Übergangszeit, daß die Besatzungsorgane sich von unmittelbarem exekutivem Wirken mehr und mehr auf Lenkungsbefugnisse in Form von Genehmigungs-, Aufsichts- und Einspruchsrechten zurückzogen. Die mit fortschreitender Demokratisierung wechselnden Formen besatzungsrechtlicher Einflußnahme kennzeichneten eine Entwicklungstendenz des Besatzungsregimes, ohne an dem materiellen Gehalt der verfolgten Ziele etwas zu ändern. Diese sollten entweder noch in der Zeit unmittelbarer Besatzungszuständigkeit verwirklicht oder zunehmend im deutschen Staatsrecht verankert und schließlich der deutschen Kompetenz überlassen werden.

Mag die Übergangszeit in vielem provisorische Züge tragen und vergängliche Erscheinungen gezeitigt haben, die einer systematisierenden Betrachtung nicht wert erscheinen, so zeichnen sich hinter dem scheinbaren Wirrwarr der Ereignisse doch auch Linien einer kontinuierlichen Entwicklung ab und die Grundformen einer neuen staatsrechtlichen Ordnung werden sichtbar. Daß die Grundlagen in einer Zeit gelegt wurden, wo fremde, anfangs omnipotente Besatzungsmächte in schrittweiser Beschränkung ihrer Befugnisse mit wieder erstehenden deutschen Gewalten in oft schwer abzugrenzender Weise zusammenwirkten, läßt ihre Darstellung so schwierig und ihre Bedeutung so umstritten erscheinen.

Ebenso wie die Besetzung Deutschlands als geschichtliches Ereignis nach Ursachen und Auswirkungen mit früheren Besetzungsvorgängen in anderen Ländern keinen Vergleich zuläßt, kann sie auch nur entfernt mit den im Völkerrecht bislang unterschiedenen Besatzungsformen in Beziehung gesetzt werden. Insbesondere lassen sich die in der HLKO normierten Regeln der kriegerischen Besetzung nicht so weit dehnen, daß sie die Entwicklungs- und Erneuerungsziele der alliierten Mächte decken können. Die *occupatio bellica* geht von dem Bild einer vorläufigen, stagnierenden Besatzungsherrschaft aus, deren Fortdauer oder Beendigung von der weiteren Entwicklung der Ereignisse abhängt. Die Besetzung neuen Stils kennt nicht diesen Schwebezustand. Sie will das Gesicht des besetzten Landes neu prägen und setzt sich ihren Endpunkt selbst in planmäßiger Verknüpfung mit diesen Umwälzungszielen. Die Besatzungsorgane erscheinen nicht ausschließlich in der Rolle einer landfremden Militärgewalt mit den einheimischen Bedürfnissen entgegengesetzten Interessen, sondern zugleich in einer Hilfestellung zur staatsrechtlichen Entwicklung und Verselbständigung des besetzten Gebietes.

Die einschneidenden Besatzungsziele stellen sich als eine Intervention der besetzenden Mächte dar, die ein in Fortentwicklung begriffenes Völkerrecht zur Grundlage hat und nicht als dessen anomale, rechtswidrige Durchbrechung aufzufassen ist. Zielsetzung des Okkupanten und Bestrebungen des besetzten Landes treffen sich in einer Erscheinung, die als Okkupation zugleich revolutionäre Züge aufweist. Als erstmaliger Anwendungsfall einer politischen Intervention, die in den Interventionszielen ihre völkerrechtliche Rechtfertigung zu finden hat, ist die staatsrechtliche Umformung in Deutschland nicht an den beschränkten Regeln der *occupatio bellica* zu messen. Die HLKO behält ihre Bedeutung für die kriegerische Phase der Besetzung, soweit in ihr Mindestschutzrechte des besetzten Landes und seiner Bevölkerung normiert sind.

Die aus einer Intervention der Völkergemeinschaft abgeleiteten erweiterten Befugnisse bedeuten nicht, daß nunmehr alle Besatzungsmaßnahmen rechtmäßig waren. Auch in der Besetzung neuen Stils ist die Besatzungshoheit rechtlich normierte Gewalt. Der Ausnahmezustand einer doppelgleisigen Herrschaftsordnung, die rechtsstaatliche Grundsätze nur partiell und sukzessiv verwirklichte, durfte nicht zum Selbstzweck der Diktatur überspannt werden. Die Schranken der Befugnisse waren nach dem Umfang neu zu definieren, wie er für die anerkannten Besatzungs-

ziele einer demokratischen Umformung unbedingt notwendig erschien. Die Intervention zur Herbeiführung einer demokratischen Legitimität ist in sich problematisch. In der außergewöhnlichen Lage des deutschen Zusammenbruchs war sie zulässig und notwendig, ließ sich aber nur als ein zeitlich begrenztes Durchgangsstadium zu selbständigen deutschen Befugnissen rechtfertigen. Darin liegt ein weiteres Problem des Besatzungsregimes, daß in der zeitbedrängten Phase des Übergangs dauerhafte Grundlagen gelegt werden sollten. In diesem zeitlichen Rahmen blieben der Besatzungsgewalt auch gewisse sachliche Grenzen der Normierung immanent, wenn sie auch den besetzenden Mächten gegenüber nur unvollkommen gewahrt werden konnten, da es ein unabhängiges Organ zur Schlichtung von Streitigkeiten aus dem Besatzungsverhältnis nicht gab.

Die Besatzungszeit brachte Zwangseingriffe von besonderer Intensität und Schmerzhaftigkeit, die bei keiner früheren Besetzung vorkamen. Bei der anfänglichen Totalität der Befugnisse gingen sie nicht ohne Überforderung ab. Aber die hervorragendsten Maßnahmen, die der Besetzung ihr Gepräge verleihen, sind über den Charakter einer kriegerischen Besetzung hinausgewachsen, sie sind nicht mehr Selbstzweck im Sinne ausschließlicher Sicherung und Machtverfestigung einer Siegerposition. Als Versuch einer von außen gesteuerten „Initialzündung“ des demokratischen rechtsstaatlichen Gedankens kommt der Epoche der Nachkriegsbesetzung eine mehr als temporäre Bedeutung zu. Jedoch zeigt sich der letztliche Übergangscharakter darin, daß die Besetzung trotz des Bemühens um dauerhafte Grundlagen einen Wesenszug mit früheren Besatzungsformen gemeinsam hat: Der Zwiespalt autoritativer Entscheidung in einem Bereich rechtlicher Normierung ist auf die Dauer schlechthin unlösbar und weist jede Besetzung als eine im Wesen ephemere Erscheinung aus, die sich so oder so fortentwickeln muß, zu allmählicher Freigabe der Befugnisse oder zu Protektorat und Annexion. Die fortschreitende Verringerung und Wesensänderung der Besatzungsaufgaben deutete darauf hin, in welchem Sinne sich eine endgültige Lösung abzeichnen würde. Die Gefahr einer Stagnation auf den Zwischenstufen der Entwicklung war von den besetzenden Mächten erkannt<sup>3</sup>.

Die Besatzungsherrschaft verkörpert ein Stück innerdeutscher Rechtsgeschichte, die insoweit abgeschlossen und überschaubar geworden ist. Der wachsende zeitliche Abstand trug aber nicht in jedem Falle zur Klärung der Probleme bei. In manchen Fragen bestand die Gefahr, spätere Entwicklungstendenzen auf eine frühere Lage zurückzubeziehen<sup>4</sup>. Andererseits offenbart die Besatzungsherrschaft zugleich den völkerrechtlichen Tatbestand einer neuartigen Besatzungslage mit Anzeichen einer zukunftsweisenden Entwicklung. Mit zunehmender Verflechtung der Welt bleiben despotische Herrschaftsformen innerhalb eines Landes nicht mehr nur eine innenpolitische Angelegenheit. Sie führten im Falle Deutschlands zu dem Zwangsversuch, die demokratische Legitimität von außen herzustellen, und machten das besetzte Land im Stadium der Umformung mit Rechtseinrichtungen fremder Rechtskreise bekannt. In dieser Sicht könnte die Besetzung, primär das Ergebnis unheilvoller politischer Erschütterungen, als positive Nebenwirkung eine völkerbefriedende Integration dem Stadium praktischer Verwirklichung näher bringen<sup>5</sup> und eine politische und rechtliche Homogenität in globalem Ausmaß anbahnen helfen. Für eine derartige Integration, nicht etwa für eine schematische Rezeption<sup>6</sup>

3) Vgl. dazu General Clay (Decision in Germany, S. 179) in seinem Memorandum an das State Department, als es nach dem Scheitern der Londoner Konferenz (1947) darum ging, über die Wirtschaftsverwaltung hinaus deutschen Stellen politische Verantwortung und wirkliche Regierungsbefugnisse zu geben.

4) Z. B. in der Frage, in welchem Umfang die Länder nach der Kapitulation an Reichsrecht gebunden blieben, dazu hier 3. Hauptteil II 1.

5) Dazu: Geiler, Die völkerrechtliche Lage Deutschlands, S. 5; „Bürgerrechte und Besatzungsmacht“, S. 99; Dölle in Raape-Festschrift 1948/149, 178; Grewe, Zeitschr. f. d. ges. StaaWiss. Bd. 105 (1949) S. 220.

6) Zu Rezeptionsfragen wurde insbesondere im Strafprozeßrecht Stellung genommen:

könnte die unter den Spannungen des Besatzungsrechts sich vollziehende Begegnung des deutschen Rechts mit ausländischem Rechtsdenken fruchtbar gemacht werden.

Schließlich war zur Festigung der neuen staatsrechtlichen Grundlagen außer der Entwicklung der Beziehungen zwischen Besatzungsmacht und deutschen Stellen auch das Verhältnis der besetzenden Mächte untereinander von Bedeutung. Eine von mehreren Staaten getragene Besetzung läuft Gefahr, in ihren Zielen durch interne Gegensätze zwischen diesen Mächten beeinträchtigt zu werden. Gewinnen die kollidierenden Interessen das Übergewicht über die gemeinsamen Ziele der Befriedung, so zeichnet sich die Gefahr eines globalen Unruheherdes ab, der sich dann gerade dort bilden würde, wo das Zentrum der neuen Ordnung liegen sollte<sup>7</sup>. Die Überwindung dieser Spannungen ist ein weiterer Prüfstein auf dem Wege zu internationaler Zusammenarbeit.

---

Niethammer in JZ 51/134; Bader in JZ 51/379.

<sup>7</sup> In diesem Sinne für die Rheinlandbesetzung: Fraenkel, S. 71, 72.

### **Lebenslauf**

Am 7. April 1921 wurde ich als Sohn des Oberrechnungsrats Hermann Edelman und seiner Ehefrau Elisabeth, geb. Daum, in Darmstadt geboren. Nach vierjährigem Besuch der Volksschule trat ich 1931 in das Ludwig Georgs-Gymnasium in Darmstadt ein, wo mir im Frühjahr 1939 das Reifezeugnis erteilt wurde. Nach Arbeitsdienst und kurzer Wehrmachtsdienstzeit nahm ich am 5. 1. 1940 das Studium der Rechtswissenschaft an der Johann Wolfgang Goethe-Universität in Frankfurt am Main auf. Nach vier Fachsemestern erreichte mich der Gestellungsbefehl. Im April 1941 kam ich nach Döberitz und bald darauf an die Ostfront. Als Obergefreiter und Geschützführer geriet ich im August 1943 in Gefangenschaft. Die folgenden Jahre wurde ich im Ural, in Sibirien und schließlich in Mittelasien festgehalten. Nach der Entlassung wegen Krankheit im Herbst 1946 nahm ich Anfang 1947 das Studium an der Universität Frankfurt am Main wieder auf. Nach der Wiederezulassung im Jahre 1948 konnte ich am 28. 2. 1950 die erste rechtswissenschaftliche Staatsprüfung ablegen. Seit Frühjahr 1950 beschäftigte mich das Thema der vorliegenden Arbeit. Ab 28. 8. 1950 war ich als Referendar im Vorbereitungsdienst im Bezirk des Landgerichts Darmstadt tätig. Die große juristische Staatsprüfung fand am 20. 3. 1954 statt. Am 1. 9. 1954 wurde ich in den Verwaltungsdienst bei dem Regierungspräsidenten in Darmstadt berufen und am 10. 3. 1955 zum Regierungsassessor ernannt.





